Gutachten aus dem Anwaltstande

über

die erste Lesung des Entwurfs eines

Bürgerlichen Gesetzbuchs

herausgegeben

im Auftrage des Deutschen Anwalt-Vereins

von

den Rechtsanwälten

Adams, Geheimer Justizrath in Coblenz, **Wilke**, Justizrath in Berlin,
Mecke, Justizrath in Leipzig, **Hartmann** in Nürnberg,
Erythropel in Leipzig.

Berlin.
W. Moeser Hofbuchhandlung
1890.

Vorwort.

Der Deutsche Anwaltverein hat in § 1 Ziff. II seiner Satzungen die Förderung der Rechtspflege und der Gesetzgebung des Deutschen Reichs als einen Vereinszweck aufgestellt und in Erfüllung der selbstgewählten Aufgabe seither an der Lösung der großen Gesetzgebungsfragen, welche die Schaffung des Deutschen Reichs im Gefolge hatte, nach besten Kräften mitgewirkt. Auch bei der wichtigen Gesetzgebungsarbeit, welche die Herstellung eines einheitlichen bürgerlichen Rechts erstrebt, glaubt er nicht zur Seite stehen zu dürfen. In einer Reihe von selbstständigen Aufsätzen sollen die einzelnen Abschnitte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs besprochen werden. Der ursprüngliche Plan, die Gutachten nach der Folgeordnung des Entwurfs zu veröffentlichen, läßt sich in Anbetracht des verschiedenen Umfangs der von den einzelnen Gutachtern übernommenen Aufgaben und der Nothwendigkeit einer schleunigen Bekanntgabe nicht einhalten. Die Gutachten werden daher in der Reihenfolge veröffentlicht, in welcher sie eingehen.

Wir übergeben das erste Heft der Oeffentlichkeit. Mag das Urtheil über den Werth oder Unwerth der Arbeiten fallen wie es wolle, immerhin sind diese Arbeiten zum Besten des Vaterlandes gebotene Gaben unabhängiger, mit den Rechts=

bedürfnissen des deutschen Volks vertrauter Männer, die gleich allen ihren Standesgenossen von dem aufrichtigen Streben beseelt sind, das große Werk in vollendetster Gestalt zum glücklichen Abschluß zu bringen. Mögen ihre Bemühungen freundlich aufgenommen werden.

Der vom Vorstand des Deutschen Anwaltvereins erwählte Ausschuß.

Adams. Wilke. Mecke. Hartmann. Erythropel.

Das Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Von Justizrath **Mecke** in Leipzig.

Zwar ist der Entwurf des Einführungsgesetzes und die auch für diesen Entwurf in Aussicht genommene Begründung noch nicht der allgemeinen Beurtheilung übergeben, nach dem aber, was über den Inhalt des Einführungsgesetzes in die Oeffentlichkeit gedrungen,*) läßt sich schon jetzt zu der Frage Stellung nehmen, ob der Entwurf des Gesetzbuchs und das Einführungsgesetz das Maß desjenigen, was von Landesgesetzen bestehen bleiben soll, richtig bemessen haben.

Der Art. 32 des Entwurfs nimmt einen kräftigen Anlauf zu Gunsten des Reichsrechts, indem er bestimmt:

> Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuche oder in diesem Gesetze bestimmt ist, daß sie in Kraft bleiben sollen.

Allein ausweise der folgenden Art. 33—91 überläßt das Reichsrecht erhebliche Theile rein oder wenigstens wesentlich bürgerlichen Rechts den Landesgesetzen und zwar gemäß Art. 3 des Entwurfs zum Einf. Ges. in dem Sinne, daß die Landesgesetzgebung an Stelle der bestehenden neue Vorschriften zu setzen befugt ist.

Außer der Reihe steht von jenen Vorschriften der Art. 33:

> In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Vorschriften des Bürgerlichen

---

*) Anmerkung: Vergl. die Juli-Nummern 309, 312, 314, 316, 328, 340 der Norddeutschen Allgemeinen Zeitung von 1888.

Gesetzbuchs nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

Man wird das Angemessene dieser Bestimmungen gern und rückhaltlos anerkennen und nur dem Wunsche Ausdruck verleihen wollen, daß die Hausgesetze überall in geeigneter Form veröffentlicht werden mögen.*) Nicht zweifelsfrei ist es aber, wenn weiter die Vorschriften der Landesgesetze in wesentlichen Beziehungen unberührt bleiben sollen in Ansehung:

der ehemaligen reichsständischen Häuser und des ehemaligen Reichsadels;

ferner über:

Familienfideikommisse, Lehen, Stammgüter. Beschränkte Hypothek an Grundstücken. Belastung und Veräußerung von Grundstücken gegen Verbot. Bergrecht. Wasserrecht. Deich- und Sielrecht. Agrarrecht. Enteignung. Jagd und Fischerei. Zwangsrechte, Bannrechte, Realgewerbeberechtigungen. Regalien. Gesinderecht. Pfandleihgewerbe, Pfandleihanstalten. Erwerbsfähigkeit der Mitglieder religiöser Orden und ordensähnlicher Kongregationen. Leitung und Erwerbsfähigkeit juristischer Personen. Konkurs juristischer Personen. Privatrechtliche Vorschriften der Civilprozeßordnung als Landesgesetz. Rechtshängigkeit in Rechtsstreitigkeiten, welche nicht nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung zu erledigen sind. Sicherheitsleistung von Beamten und Gewerbetreibenden. Ansprüche und Verbindlichkeiten der Beamten. Haftung der Beamten wegen fahrlässiger Verletzung ihrer Amtspflichten. Haftung des Staates und der Kommunalverbände für den von ihren Beamten zugefügten Schaden. Staatsschuldbücher, Umschreibung der Staatsschuldverschreibungen. Räumungsfristen bei der Miethe von

*) Anmerkung: Vergl. über die Zweckmäßigkeit dieser Veröffentlichung die Vorrede in Schultze, Die Hausgesetze der regierenden Deutschen Fürstenhäuser. Jena 1862, Verlag von Friedrich Mauke.

Wohnungen. Leibgedingsvertrag. Anspruch aus verlorenen Zinsscheinen. Kraftloserklärung von Urkunden und Zahlungssperre. Pfändung, Pfandgeld, Ersatzgeld. Ersatz des an Grundstücken entstandenen Schadens. Ersatz des bei einer Zusammenrottung u. s. w. entstandenen Schadens. Rückerstattung öffentlicher Abgaben und Kosten eines Verfahrens. Eigenthumsbeschränkung im öffentlichen Interesse. Nachbarrecht bei Waldgrundstücken. Uebertragung des Eigenthums durch Gesetz. Zueignung von Tauben. Theilung und Belastung von Grundstücken. Abbau nichtbergrechtlicher Mineralien. Gottesdienstliche Gebäude, Begräbnißstätten. Miteigenthumsrechte an Gebäuden. Hypothekentitel des Fiskus. Vorrang für Meliorationsdarlehen. Unschädliche Befreiung belasteter Grundstücke. Herstellung zerstörter Gebäude. Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung. Bevormundung durch den Vorstand einer Verpflegungsanstalt. Gemeindewaisenrath. Rechte des Fiskus und anderer juristischer Personen an dem Nachlasse verpflegter Personen. Gesetzliches Erbrecht des Fiskus. Anerbenrecht. Fürsorge des Nachlaßgerichtes. Vermittelung der Erbtheilung ohne Antrag. Testamentsvollstreckung durch Notare. Nichtstreitige Rechtspflege.

Was zunächst die vornehmen Geschlechter des alten deutschen Reichs betrifft, so ist bestimmt Art. 34:

> In Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter der ehemals reichsständischen seit 1806 mittelbar gewordenen Häuser sowie des ehemaligen Reichsadels bleiben die Vorschriften der Landesgesetze, sowie nach Maßgabe der Landesgesetze die Vorschriften der Hausverfassungen unberührt.

Ueber die den ehemals reichsständischen seit 1806 mittelbar gewordenen Häusern sowie dem ehemaligen Reichsadel im neuen deutschen Reich und den Einzelstaaten gebührende Stellung ist schon viel gestritten, geschrieben und gesprochen worden. Der Rechtspunkt ist ziemlich klar. Das neue deutsche Reich ist nicht der Rechtsnachfolger des alten; die Einzelstaaten sollen den gedachten

Familien aber halten, was sie denselben versprochen haben. Deshalb ist die bezügliche Bestimmung des Entwurfs angemessen und hat auch Anspruch auf dauernde Geltung. Wir leben auch der Hoffnung, daß der durch Anerkennung ihrer bevorzugten Sonderstellung von Neuem gesicherte Glanz der Familie den mit der Geschichte des deutschen Volkes in guten wie bösen Tagen eng verknüpften alten Geschlechtern ein Sporn sein wird, dem neuen deutschen Reiche mit Freude und Begeisterung zu dienen und dadurch sich Vorrechte dauernd zu sichern, deren Berechtigung sonst im Laufe der Zeiten verblassen könnte. Daß die angemessene Veröffentlichung der Hausgesetze im Interesse des Rechtsverkehrs geboten erscheint, wollen wir auch hier im Vorübergehen bemerken.

Was die Familienfideikommisse, Lehen, Stammgüter, die beschränkte Hypothek an Grundstücken, die Belastung und Veräußerung von Grundstücken gegen Verbot, das Bergrecht, Wasserrecht, Deich- und Sielrecht, Agrarrecht, die Enteignung, Jagd und Fischerei, betrifft, so finden wir die Gründe, warum diese von der Reichsgesetzgebung nicht betroffen werden sollen, bereits in den Motiven zum Sachenrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allerdings ist für die Einrichtung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur der Beweis zu führen, warum gewisse Rechtsstoffe nicht in das Gesetzbuch aufgenommen werden sollen. Allein die gedachten Gründe haben auch in ihrer gewollten und berechtigten Beschränkung eine größere Tragweite. Vergl. Motive Band III. S. 4 ff. Dort heißt es:

> Der Grund, weshalb keine dieser Rechtsmaterien in dem Entwurfe geordnet wird, liegt in der Aufgabe, welche das Bürgerliche Gesetzbuch zu lösen hat. Diese Aufgabe besteht in der Herstellung eines einheitlichen Privatrechtes für das Deutsche Reich, erstreckt sich mithin an sich nicht auf das öffentliche Recht. Freilich haben beide Gebiete mancherlei Berührungspunkte, so daß einzelne Eingriffe in das öffentliche Recht sich nicht vermeiden lassen. Allein die Regelung geschlossener Theile dieses Gebietes in dem Bürgerlichen Gesetzbuche würde über den Zweck, welchem letzteres zu dienen bestimmt ist, hinausgehen. Ferner bringt es die Rücksicht auf das praktische Bedürfniß, welches durch die gegenwärtige Kodifikation befriedigt werden soll, mit sich, daß diejenigen Rechtstheile bezw. Rechtsinstitute ausgeschieden

werden, welche eine rein lokale oder eine nur vorübergehende Bedeutung haben, indem sie entweder so eng mit den örtlichen Verhältnissen zusammenhängen, daß sie der angemessenen Regelung für einen größeren Bezirk überhaupt widerstreben, oder aber dem Rechtsbewußtsein weiterer Kreise der Bevölkerung entschwunden sind.

Wir können dieser Auffassung nicht unbedingt beipflichten und möchten besonders dagegen Widerspruch erheben, daß durch die bezüglichen Bestimmungen des Einführungsgesetzes für die bezeichneten Rechtsstoffe eine Art Schutzbrief gegen das Eingreifen der Reichsgesetzgebung ausgestellt wird. Wir sind auch der Ansicht, daß bei einzelnen Stoffen die Einfügung in das Bürgerliche Gesetzbuch sehr wohl thunlich wäre. Indessen um diesen Punkt wollen wir nicht rechten. Findet diese Einfügung Schwierigkeiten, so wird es genügen, in besonderen Gesetzen, welche mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche in Kraft treten, die Ordnung zu treffen, wie dies ja auch für das Wechsel- und Handelsrecht, letzteres ergänzt durch Bestimmungen über die Binnenschifffahrt, die Versicherung und den Verlagsvertrag in Aussicht genommen ist.

Unberührt sollen also bleiben nach dem Entwurfe die Vorschriften der Landesgesetze über Familienfideikommisse und Lehen, einschließlich der allodifizirten Lehen und Stammgüter. Auch diesem Satze stimmen wir bei. Hinsichtlich der Lehen können sicherlich kaum Bedenken obwalten. Das Lehnrecht ist abgestorben, was noch übrig ist, erscheint so verschiedenartig gestaltet und so im Verscheiden begriffen, daß eine reichsrechtliche Ordnung kaum ausführbar ist. Der einzige Satz, der reichsrechtlich aufgestellt werden könnte, wäre, daß die Lehne abgeschaft werden sollten. Indessen ein solcher Spruch ist überflüssig, weil sich die Abschaffung im Laufe der Zeit von selbst vollzieht und es den Einzelstaaten füglich überlassen werden kann, nach würdigem Begräbniß die Erbauseinandersetzung unter billiger Berücksichtigung aller Betheiligten zu bewirken. Auch in Ansehung der Stammgüter liegt ein Bedürfniß reichsgesetzlicher Regelung kaum vor. In Ansehung der Fideikommisse hängt die Frage der Nothwendigkeit reichsgesetzlicher Regelung von der volkswirthschaftlichen Anschauung ab. Der Streit über die vermeintliche Schädigung des Volkswohlstandes durch Festlegung großer Vermögensmassen und die Bevorzugung einzelner Familienmitglieder durch Begünstigung der Familienfideikommisse ist alt. Unleugbar handelt es sich dabei um

Fragen, welche dem Gebiete des bürgerlichen Rechts angehören; unleugbar ist ein Uebermaß von Familienfideikommissen dem Volkswohlstande nicht zuträglich. Dennoch hoffen wir schon um des Friedens willen mit Zuversicht, daß der Streit besonders ausgetragen wird, wenn derselbe überhaupt austragsfähig ist. Wir bezweifeln letzteres. Allerdings ist es vom Standpunkte des natürlichen Rechts sehr anfechtbar, daß Jemand für Jahrhunderte über das Schicksal von Vermögen bestimmen soll, über das er mit dem Tode die Macht verliert. Indessen von diesem Standpunkte aus ließe sich die Zulässigkeit letztwilliger Verfügungen überhaupt in Frage stellen. Mag auch die Zulassung solcher Verfügungen wegen der irdischen Vergänglichkeit nicht folgerichtig sein, der Gesetzgeber hat mehr zu beachten, als die Grundsätze der Folgerichtigkeit. Unvertilgbar ist in der menschlichen Natur das Bedürfniß begründet, für die näheren und entfernteren Nachkommen nach bestem Wissen zu sorgen und — sich bei denselben in empfehlender Erinnerung zu halten. Selbst die großen Gedanken der französischen Staatsumwälzung zu Ende des vorigen Jahrhunderts haben diesem Bedürfniß der Menschennatur nicht vollständig Widerstand geleistet. Kaum waren die Substitutionen verboten, so hatten sie sich wenn auch in beschränktem Maße wieder einen Platz in der Rechtsordnung gesichert; der vielen Umgehungen des Verbots gar nicht zu gedenken. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Erschwerung der Formen für die Errichtung und eine kräftige Steuer zur Ausgleichung der Verluste, welche der Volkswohlstand durch die Festlegung des Vermögens erleidet, sind ausreichend, um einem Uebermaß der Familienfideikommisse entgegenzuwirken, und nur auf die wirksame Bekämpfung dieses Uebermaßes kommt es an. Wir können den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuche nur beitreten, wenn dieselben Band III Seite 5 sagen:

> Die Errichtung von Familienfideikommissen ist in großen Gebieten des Reiches unstatthaft. Ein Stammgüterrecht und ein besonderes bäuerliches Güterrecht haben nur wenige Staaten. Bei der bestehenden Meinungsverschiedenheit darüber, ob diese Institute dem Gemeinwohle förderlich sind oder nicht, wird man davon ausgehen dürfen, daß in den Gebieten, in welchen sie keine Geltung haben, die Ansicht vorherrscht, daß ihre Einführung keinen Nutzen bringen, sondern schädlich wirken würde. Vom politischen Standpunkte wäre es daher bedenklich, diesen Gebieten von Reichs-

wegen das eine oder das andere Institut aufzudrängen. Nun wäre es freilich möglich, alle drei Institute in dem Bürgerlichen Gesetzbuche zu regeln, die Geltung der zu treffenden Bestimmungen aber für diejenigen Länder und Landestheile, in welchen man ein solches Sonderrecht bisher nicht hatte, von einem Akte der Landesgesetzgebung abhängig zu machen. Allein damit wäre wohl das Prinzip der Kodifikation gewahrt, die von derselben bezweckte Rechtseinigung dagegen nicht erreicht. Muß man aber auf die Rechtseinigung verzichten, so ist es besser, auch die Kodifikation zu unterlassen. Praktische Vortheile von einigem Belange wären davon nicht zu erwarten, da die zu regelnden Verhältnisse nur von lokaler Bedeutung sind. Jedenfalls würden sie überwogen werden von den Unzuträglichkeiten, welche eine Aenderung des geltenden Rechtes gerade für diese in den einzelnen Gebieten sehr verschieden gestalteten Verhältnisse zur Folge haben müßten. Es empfiehlt sich daher, es bei der Zuständigkeit der Landesgesetzgebungen für die fraglichen Rechtsmaterien zu belassen und von Reichswegen nur insoweit einzugreifen, als es die Durchführung gewisser Grundprinzipien des Gesetzbuches nöthig macht.

Läßt man überhaupt Hausvermögen, Lehne, Fideikommisse und Stammgüter bestehen, so ist es auch folgerichtig, die Landesgesetze über Belastung und Veräußerung von Grundstücken gegen Verbot in Geltung zu lassen.

Nicht einverstanden sind wir mit der Verweisung des Bergrechts in das Landesrecht. Die Motive zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs geben hierfür außer den bereits erwähnten leitenden Gesichtspunkten folgende Gründe:

> Das Bergrecht setzt sich aus öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Vorschriften zusammen. An Umfang überwiegen die ersteren. Eine Ausscheidung der letzteren aber würde das richtige Verständniß derselben erheblich erschweren, zur Zerreißung einer Rechtsmaterie führen, welche in den meisten Staaten, die zu ihrer gesetzlichen Regelung gelangt sind, den Inhalt eines einzigen Gesetzes bildet. Es wäre daher wenig angemessen, wenn die bisherige Methode jetzt aufgegeben würde. Sie steht aber einer Einfügung des Bergrechtes in das Bürgerliche Gesetzbuch wegen des vorwiegend publi-

zistischen Charakters dieses Rechtstheiles entgegen, ganz abgesehen davon, daß der reichhaltige Stoff, um welchen es sich handelt, schon aus systematischen Rücksichten besser in einem besonderen Gesetze gestaltet wird.

Allerdings wollen wir kein Gewicht darauf legen, daß das Bergrecht in dem Bürgerlichen Gesetzbuche Aufnahme finde, aber wir sind der Ansicht, daß dasselbe Theil des Deutschen bürgerlichen Rechtes werden muß. Grundsätzlich muß daran festgehalten werden, daß, wenn das Reichsgesetz dem Grundeigenthum über Tage seine Regeln vorschreibt, es auch die Rechtsverhältnisse des Grund und Bodens unter Tage, sowohl zwischen den Besitzern der Oberfläche und den Bergbautreibenden als auch unter diesen selbst zu ordnen berufen ist. Es werden dieser Ordnung auch die Betheiligten nicht unfreundlich gegenüber stehen, nachdem in dem Preußischen Allgemeinen Berggesetz eine annehmbare und von verschiedenen Einzelstaaten bereits angenommene Grundlage für eine den Anforderungen der Gegenwart entsprechende Berggesetzgebung gewonnen ist. Die Motive des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch erkennen mit Recht an, daß einzelne Eingriffe in das öffentliche Recht sich nicht vermeiden lassen. Die Vortheile, welche aus der einheitlichen Regelung des Bergrechts und seiner Anpassung an das Sachenrecht erwachsen, sind zu erheblich, als daß man wegen der Nothwendigkeit gewisser Eingriffe in das öffentliche Recht darauf verzichten sollte, diesen Rechtsstoff einheitlich zu ordnen. Ueberdies besteht diese Nothwendigkeit gar nicht. Denn wenn einmal das öffentliche Recht geschont werden soll, so könnte die Ordnung derjenigen Stoffe, welche wesentlich öffentlichrechtlicher Natur sind, insbesondere die Gestaltung der Knappschaftsvereine, Bergbehörden und der Bergpolizei, welche letztere schon in dem Preußischen Allgemeinen Berggesetz eine ziemlich selbstständige Stellung einnimmt, den Landesgesetzen überlassen werden.

Ueber das Wasserrecht besagen die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch unter gleichzeitiger Berührung des Fischerei-, Jagd- und Forstrechtes folgendes:

> Das Wasserrecht, das Deich- und Sielrecht, das Fischereirecht, das Jagd- und das Forstrecht können im Einzelnen nur nach dem Bedürfnisse und den geschichtlich gegebenen Verhältnissen größerer oder kleinerer Bezirke geregelt werden. Eine mehr als lokale Bedeutung hat die Art und Weise dieser Regelung nicht. Auch bildet der meist polizeiliche Inhalt

der einschlägigen Vorschriften ein weiteres Hinderniß der Kodifikation.

Dieser Auffassung können wir uns, soweit das Wasserrecht in Frage steht, nur bedingt anschließen. Das Deich- und Sielrecht wird allerdings in der Hauptsache eine mehr wie lokale Bedeutung nicht in Anspruch nehmen können. Das Nämliche läßt sich aber von der Benutzung der Wasserläufe nicht mit Grund behaupten. Bunt gestaltet ist das Wasserrecht in Deutschland. Aber die Welle, ihre Benutzung und die Wirkung dieser Benutzung machen nicht an den Grenzen der Einzelstaaten Halt und schon deshalb scheint uns die Aufstellung gewisser allgemeiner Grundsätze ein Gebot der Nothwendigkeit. Ein Theil des Wasserrechts, nämlich die Vorschrift über Anlandungen, entstehende Inseln und verlassene Flußläufe, scheint uns überdies einer alsbaldigen Ordnung durch Reichsgesetz empfänglich, wie dieser Theil am Unbedenklichsten für das bürgerliche Recht in Anspruch genommen werden darf. Wir verkennen indeß nicht, daß eine erschöpfende Ordnung des Wasserrechts durch das ganze Deutsche Reich eine außerordentlich schwierige Aufgabe ist, auf die aber wir nicht verzichten dürfen, wenn wir sie vielleicht auch nothgedrungen einem späteren Geschlecht überlassen müssen.

Hinsichtlich des Agrarrechts bestimmt der Entwurf zum Einführungsgesetz, daß unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Gemeinheitstheilung, die Zusammenlegung von Grundstücken, die Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse und die Ablösung von Dienstbarkeiten und Reallasten betreffen. Wer die Wohlthaten der preußischen Agrargesetzgebung kennt, möchte sich vielleicht versucht fühlen, dieselben dem ganzen Deutschen Reich zu wünschen, indessen treten wir doch den Motiven zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei, welche a. a. O. geltend machen:

> Bei der Gemeinheitstheilung und den übrigen agrarrechtlichen Prozeduren überwiegt gleichfalls der Charakter des Verfahrens. Auch handelt es sich hier, wenn man von dem Zusammenlegungs- und dem Ablösungsverfahren absieht, meist nur um die Befriedigung vorübergehender Bedürfnisse, weil die Verhältnisse, auf welche jene Prozeduren berechnet sind, in Zukunft nicht häufig von Neuem sich bilden werden.

Was die Zwangsenteignung anlangt, so hätten wir lieber gesehen, wenn dieser mit der Ordnung des Grundeigenthumsrechts

zusammenhängende Stoff entweder durch Einfügung entsprechender Bestimmungen in den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder besonderes Gesetz dem Landesrecht entzogen worden wäre. Freilich bemerken die Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Anschluß an das über das Bergrecht Gesagte:

> Mit dem Enteignungsrechte verhält es sich ähnlich. Zwar sind die dasselbe betreffenden Vorschriften entfernt nicht so umfangreich wie die bergrechtlichen Bestimmungen, so daß ihre Unterbringung in dem Gesetzbuche kaum auf besondere Schwierigkeiten stoßen würde. Dafür aber spielt bei der Enteignung das Verfahren eine vielleicht noch wichtigere Rolle als im Bergrechte, und daß Verfahrungsvorschriften nicht in eine Kodifikation des materiellen Rechtes gehören, wenn nicht ausnahmsweise zwingende Gründe für ihre Aufnahme vorliegen, folgt aus ihrer formalen Natur ohne Weiteres.

Der Schwierigkeit hinsichtlich des Verfahrens könnte sogar durch Einfügung eines besonderen Abschnittes in die Civilprozeßordnung begegnet werden. Das Verfahren kann aber keinen Grund abgeben, den Stoff ganz der reichsgesetzlichen Ordnung zu entziehen, zumal das Reich selbst vielfach in die Nothwendigkeit versetzt ist, von dem Enteignungsrechte Gebrauch zu machen.

Daß die Vorschriften der Landesgesetze über Jagd und Fischerei, mit Einschluß der Vorschriften über den Ersatz des Wildschadens unberührt bleiben sollen, läßt sich ebenfalls nicht als berechtigt anerkennen. Der Vermögenserwerb durch Jagd und Fischerei gehört dem bürgerlichen Rechte an und in Ansehung der Fischerei darf auf das zum Wasserrechte Gesagte verwiesen werden.

Die einheitliche Ordnung der Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen, bezüglich deren die Vorschriften der Landesrechte unberührt bleiben sollen, empfiehlt sich aus volkswirthschaftlichen Gründen.

Die Vorschriften der Landesgesetze über die Regalien sind staatsrechtlicher Natur und ist ein Eingriff der Reichsgesetzgebung auf diesem Gebiete rechtlich nicht zu begründen.

Das Gesinderecht ist vorbehaltlich der einschlagenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 64—71, 224, 567, 711 bis 713, 1277) der Landesgesetzgebung anheimgegeben. Mit Rücksicht auf die berechtigt-verschiedenartige Gestaltung des Gesindewesens in den einzelnen Deutschen Staaten erscheint eine reichsgesetzliche Ordnung

um so weniger angezeigt, als die im Flusse befindliche Kranken- und Unfallversicherungsgesetzgebung auch dieses Gebiet ergreifen wird.

Den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleihen und der Pfandleihanstalten sähen wir lieber durch die Reichsgesetzgebung geordnet; ein schwerwiegender Grund, die Ordnung mit der des bürgerlichen Rechts im Allgemeinen in Zusammenhang zu bringen, besteht indessen nicht.

Die todte Hand ist in dem Einführungsgesetz mit großer Vorsicht behandelt. Es heißt im Art. 48:

> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Wirksamkeit von Schenkungen an Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen von staatlicher Genehmigung abhängig machen.
>
> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche bestimmen, daß Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen von Todeswegen nur mit staatlicher Genehmigung erwerben können.....

Unserer Ansicht nach sollte für das ganze Reich für die vorausgesetzten Fälle die staatliche Genehmigung unbedingt vorgeschrieben werden. Der Satz, daß nicht zuviel Güter in die todte Hand gebracht werden sollen, ist in der Volkswirthschaftslehre unbestritten. Weil es sich um den Erwerb von Vermögen, um den Wechsel der im Staate befindlichen Vermögensstücke handelt, ist er bei der Ordnung des bürgerlichen Rechtes anzuwenden. Mit der Freiheit in der Ausübung des religiösen Bekenntnisses und der Bildung religiöser Körperschaften hat das Gebot staatlicher Genehmigung Nichts zu thun. In dem katholischen Frankreich bestand dasselbe in Ansehung der gens de main morte schon Jahrhunderte vor dessen großen Staatsumwälzung. Indessen, wie die Dinge liegen, wird man sich bescheiden und die Aufrechterhaltung der Landesgesetze für ausreichend erachten müssen.

Ueber die juristischen Personen ist gesagt Art. 49:

> Unberührt bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über die Verwaltung und Beaufsichtigung juristischer Personen.
>
> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen. Ist zu einem Erwerbe von Todeswegen staatliche Genehmigung erforderlich, so finden die Vorschriften des Art. 48 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Anwendung.

> Auf juristische Personen, deren juristische Persönlichkeit auf besonderer reichsgesetzlicher Vorschrift beruht, finden die Vorschriften des zweiten Absatzes keine Anwendung.

Was die Rechte und Pflichten der juristischen Personen anlangt, so wollen wir der Ueberzeugung Ausdruck verleihen, daß dem Landesrecht eine allzugroße Macht verblieben ist. Der Abschnitt des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs über die juristischen Personen ist nach der Ansicht wohl aller mit dem Rechtsverkehr in Deutschland vertrauten Männer ungenügend und bedarf einer recht wohl möglichen reichsgesetzlichen Ergänzung, deren Nothwendigkeit die Mitglieder des Anwaltstandes, welche fast täglich mit den sich aus den in den meisten Einzelstaaten, insbesondere in Preußen ergebenden Schwierigkeiten in dem Rechtsverkehr mit Personenvereinen zu kämpfen haben, gewiß eingehend darlegen werden.

Von den weiteren Vorbehalten des Einführungsgesetzes zu Gunsten der Landesgesetzgebung können eine ganze Reihe als selbstverständlich oder unwesentlich und zweifellos nicht geeignet, auf die Billigung des Bürgerlichen Gesetzbuchs einen hemmenden Einfluß zu äußern, übergangen werden. Besonderer Erwähnung bedarf aber die Haftpflicht der Beamten und des Staates wie der Kommunalverbände für ihre Beamten.

Wiewohl Zweifel erhoben werden können, so mag es doch nicht zu beanstanden sein, daß die Vorschriften der Landesgesetze, welche bestimmen, daß ein Beamter wegen des aus fahrlässiger Verletzung einer Amtspflicht entstandenen Schadens erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Beschädigte auf andere Weise Ersatz des Schadens nicht zu erlangen vermag, unberührt bleiben. Man hätte den bisher in Preußen in Geltung gewesenen Grundsatz zu einem reichsgesetzlichen erheben können, denn es ist nicht unbillig, den Beamten erst dann für die Folgen seines Versehens verantwortlich zu machen, wenn dasselbe durch Inanspruchnahme der Hauptverpflichteten nicht mehr auszugleichen ist. — Unberührt bleiben noch ferner nach Art. 56:

> Die Vorschriften der Landesgesetze über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten zugefügten Schaden, unbeschadet der Vorschriften der §§ 46, 63 Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Nach § 46 des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs haftet die Körperschaft für den Ersatz des Schadens, welchen ihr Vorstand oder ein Mitglied desselben durch eine in Ausübung seiner Vertretungsmacht begangene widerrechtliche zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat. Nach § 63 des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben die landesrechtlichen Vorschriften, welche dem Fiskus juristische Persönlichkeit zugestehen, unberührt. Die Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs Band I Seite 203 begründen den im § 46 aufgestellten Rechtssatz und sagen dann:

> Die Vorschrift hat für private wie öffentlich rechtliche Körperschaften Geltung. Es liegt kein Grund vor, die Vertreter des Staates und der Gemeinden, soweit sie in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht handeln, anders zu stellen, als die Vertreter sonstiger Körperschaften. Die öffentlichrechtliche Frage, ob und wieweit der Staat bezw. eine Gemeinde denjenigen Schaden zu ersetzen habe, welchen ein Beamter bei Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zufüge, bleibt unberührt und beantwortet sich nach den Landesgesetzen.

Diesem Grunde verdankt der Art. 56 des Einführungsgesetzes seine Entstehung. Wir sind der Meinung, daß die Bestimmung der vermögensrechtlichen Folgen einer widerrechtlichen Schadenszufügung durch einen Beamten in allen Fällen dem bürgerlichen Rechte zuzuweisen war und reichsrechtlich dahin geordnet sein sollte, daß der Staat und die sonstigen staatlichen Verbände in allen Fällen haften. Die Reichsgesetzgebung würde sich ein großes Verdienst erwerben, wenn sie in diesem Punkte einmal klare Bahn schaffte. Das Ansehen des Staates leidet nicht darunter, daß er für die Versehen seiner Beamten überhaupt mit dem Staatsvermögen einzustehen hat. Das Letztere wird und muß aber die in Folge dessen ihm erwachsenden Verpflichtungen ertragen können. Die Frage ist bereits so ausgiebig erörtert, daß dieselbe wohl zum Spruche gestellt werden könnte, und dieser sollte zu Gunsten der allgemeinen Haftbarkeit des Staates ausfallen.

Daß die landesrechtlichen Vorschriften, welche die Theilung von Grundstücken untersagen oder beschränken, unberührt bleiben sollen, kann nicht befremden. Die Erörterungen zu der volkswirthschaftlichen Frage über die unbedingte Freigabe der Theilung von Grundeigenthum sind nicht abgeschlossen. Während vor einigen Jahr-

zehnten diese Freigabe von vielen Seiten als unerläßlich hingestellt wurde, mehren sich die Anzeigen einer rückläufigen Bewegung. Uns scheint in vielen Fällen eine gewisse Beschränkung der Theilbarkeit den Vorzug zu verdienen, und jedenfalls liegen die Dinge nicht so, daß die Reichsgesetzgebung Anlaß hätte, die unbedingte Theilbarkeit als reichsgesetzliche Vorschrift aufzustellen. Es kommt hinzu, daß die Ordnung der bäuerlichen Erbfolge mit der Frage der Untheilbarkeit des Grund und Bodens in einem gewissen Zusammenhange steht und die landesgesetzlichen Vorschriften über das Anerbenrecht mit gewissen Einschränkungen unberührt bleiben sollen. Die Reichsgesetzgebung hat keinen ausreichenden Grund, das Anerbenrecht ganz zu beseitigen, andererseits liegen die Verhältnisse in den Einzelstaaten zu verschieden, als daß der Versuch einer reichsgesetzlichen Ordnung gutzuheißen wäre. Es kommt hinzu, daß, wenigstens nach unserer Ansicht, wie sehr man auch in Preußen in den letzten Jahren dagegen anzukämpfen bestrebt gewesen ist, die besondere bäuerliche Erbfolge dem allmählichen Untergange geweiht ist und es nicht die Aufgabe der Reichsgesetzgebung sein kann, absterbendes Recht zu ordnen und ihm gegen den Lauf der Zeiten künstlich neues Leben einzuhauchen. Von diesem Standpunkte möchten wir auch die reichsrechtliche Ordnung des Leibgedingsvertrags nicht für angemessen halten und die Vorschrift des Art. 59 des Entwurfs:

> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für den mit der Ueberlassung eines Gutes in Verbindung stehenden Leibgedingsvertrag, Leibzuchtsvertrag, Altentheilsvertrag oder Auszugsvertrag das Schuldverhältniß zwischen den Vertragschließenden insoweit regeln, als eine besondere Vereinbarung nicht getroffen wird;

billigen.

Es wird auch kein Bedenken erregen, daß die landesgesetzlichen Rechte auf den Nachlaß einer verpflegten oder unterstützten Person zu Gunsten des Fiskus oder anderen juristischen Personen aufrechterhalten sind und die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen das gesetzliche Erbrecht des Fiskus andern Personen als dem Fiskus zusteht.

Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Angelegenheiten der nichtstreitigen Rechtspflege sollen ebenfalls im Wesentlichen unberührt bleiben. Wir denken aber, die Nothwendigkeit des Erlasses eines Reichsgesetzes über diesen Gegenstand wird sich bald geltend

machen; es erscheint jedoch nur angezeigt, den Wunsch nach einem solchen lebhaften Ausdruck zu verleihen.

So der wesentliche Inhalt des Entwurfs zum Einführungsgesetz, so unsere Bedenken. — Wie soll sich das Deutsche Volk zu der Frage der Abgrenzung von Reichs- und Landesrecht stellen? Unseres Dafürhaltens bleibt keine Wahl. Das Gute nehmen, das Beste erstreben, wird es heißen müssen. Wir Anwälte zumal werden nicht, weil vermeintlich nicht genug geboten ist, unsere Stimme für Ablehnung der Gabe erheben. Denn diese ist, wenn wir die bestehenden Verhältnisse in Vergleich bringen, unter allen Umständen eine überreiche.

Der Anwaltstand hat unserer Meinung nach allen Grund, die Gesetzeskraft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, selbst mit allen Einschränkungen des Einführungsgesetzes, herbeizuwünschen. Wir wollen hier nicht besonders betonen, wie dies Gesetzbuch auch in seiner gegenwärtigen Gestalt die deutsche Einheit fester kitten wird; als Rechtsanwälte, von denen die Rechtsuchenden Auskunft auch über die außerhalb der Grenzen des Einzelstaates hinausgeltenden Rechtszustände zu verlangen gewohnt und berechtigt sind, müssen wir der Verlegenheiten gedenken, welche uns die Zerrissenheit und Vielgestaltigkeit des bestehenden Zustandes in Ansehung des bürgerlichen Rechts in Deutschland bereitet, nicht minder der unnützen kostspieligen Schwierigkeiten, welche dieser Zustand den Rechtsuchenden verursacht. Dem wird, wenn der Entwurf Gesetz wird, zwar nicht mit einem Schlage, aber doch in naher Zeit abgeholfen. Die Vorbehalte, welche das Einführungsgesetz zu Gunsten der Landesgesetze macht, bereiten keine unüberwindlichen Hindernisse; dagegen werden wir uns aber mit aller Kraft wenden müssen, daß diejenigen Rechtsstoffe auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, deren reichsgesetzliche Regelung wir für nothwendig erkennen, durch das Einführungsgesetz auf unabsehbare Zeit bei Seite gestellt werden. Unseres Dafürhaltens wird in Ansehung des Bergrechts, der Enteignung, des Wasserrechts, der Jagd und Fischerei, der juristischen Personen und der Personenvereine überhaupt, endlich der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates für die Handlungen seiner Beamten und der nichtstreitigen Rechtspflege die reichsgesetzliche Regelung mit Nachdruck fort und fort in Anspruch zu nehmen sein.

Auch der Reichstag wird empfinden, daß mit der Genehmigung

des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Gestalt, in welcher es jetzt veröffentlicht ist, und welche bei der Vorlage voraussichtlich sich nicht wesentlich verändert haben wird, der Kreis der reichsgesetzlichen Aufgaben in Ansehung des bürgerlichen Rechts bei Weitem nicht erschöpft ist. Er wird Entsagung üben müssen um des Vaterlandes willen, er wird aber wie wir hoffen dagegen Verwahrung einlegen, daß was von bürgerlichem Recht neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch übrig ist, für immer dem Landesrechte verbleibt. Bestimmten Ersuchen an die hohen verbündeten Regierungen wird der alsbaldige Erfolg nicht fehlen.

Juristische Personen mit besonderer Berücksichtigung der modernen Personenvereine.

Von Rechtsanwalt Hermann Kausen (Düsseldorf).

Die Rechtssätze des Entwurfs über juristische Personen (§ 41 bis 63) haben eines der dunkelsten Gebiete unseres heutigen deutschen Privatrechts zum Gegenstande. Eine einheitliche Regelung der Fragen:

1. Wie entsteht und vergeht die juristische Person?
2. In welcher Weise tritt sie im Rechtsleben handelnd auf?

würde vom Standpunkt des praktischen Bedürfnisses mit Befriedigung begrüßt werden.

Diese einfachste und klarste Lösung der obwaltenden Schwierigkeiten scheitert aber an dem Umstande, daß auf diesem Gebiete die Bedürfnisse des in den einzelnen Bundesstaaten verschieden gestalteten Staatsrechts eine ganz besondere Beachtung beanspruchen können. Der Entwurf hat darum mit Recht den Landesgesetzen einen weiten Spielraum eingeräumt, und die Kritik der vorgeschlagenen Rechtsnormen wird sich von vornherein auf die Prüfung der Frage beschränken müssen, ob die richtigen Grenzen dieser grundsätzlich zu billigenden Nachgiebigkeit innegehalten sind. Ich glaube diese Frage verneinen zu müssen.

Zum Verständnisse der im Nachstehenden geltend gemachten Bedenken ist es unerläßlich, den Rechtszustand, wie er sich nach dem Vorschlage des Entwurfs in Zukunft darstellen wird, in allgemeinen Zügen zu schildern. Die knappen Rechtssätze der §§ 41, 42, 43, 58, 62, werden dem Laien wie ein Buch mit sieben Siegeln erscheinen, aber auch der Rechtsverständige wird durchgängig nur mit Hülfe der von dem Verfasser der Motive gegebenen interessanten Erläuterungen eine klare Vorstellung von der künftigen Gestaltung dieses Rechts-

gebiets gewinnen können. Eine recht bunte Musterkarte breitet sich da vor unseren Augen aus!

Der Entwurf unterscheidet:

1. Körperschaften. § 41—57.

Entstehung und Untergang richten sich, sofern nicht besondere reichsgesetzliche Vorschriften bestehen, nach dem Landesrecht.

Das Gleiche gilt im Allgemeinen von der Verfassung, doch greifen hier die § 44—57 theils ergänzend theils zwingend ein.

2. Stiftungen.

Das Landesrecht tritt mehr in den Hintergrund. Das Stiftungsgeschäft als solches ist reichsgesetzlich geordnet, doch bleiben die landesrechtlichen Vorschriften, welche noch andere Erfordernisse (beispielsweise dasjenige der behördlichen Genehmigung) aufstellen, in Kraft. Für das Erlöschen der Stiftungen ist lediglich das Landesrecht maßgebend. Die §§ 44—57 sind theilweise anwendbar erklärt.

3. Der Fiskus in seinen verschiedenen Stationen. (§ 63.)

Das Landesrecht bleibt unberührt. Die Stellung dieser Bestimmung am Schlusse des Abschnitts III drückt aus, daß keine der vorhergehenden Bestimmungen auf den Fiskus Anwendung finden soll.

Die erheblichste Bedeutung kommt unbestritten den Personenvereinen (Körperschaften) zu. Die durch Reichsgesetz geschaffenen Körperschaften fügen sich ohne Schwierigkeit in den Rahmen des Entwurfs ein. Die Reichsgesetzgebung ist bekanntlich auf diesem Gebiete besonders fruchtbar gewesen. Sie hat in verschiedener Art und zu verschiedenen Zwecken juristische Personen in's Leben gerufen, bald unmittelbar durch eine verfügende Norm des Gesetzes, (z. B. die Reichsbank § 12 G. 14./3. 1875) bald durch Aufstellung sogenannter Normativbedingungen, durch deren Erfüllung Personenvereine einen Rechtsanspruch auf Anerkennung als juristische Personen erlangen. In letzterer Beziehung sei an die dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehörigen Krankenkassen, Berufsgenossenschaften, Innungen, Innungsverbände und eingeschriebenen Hülfskassen, sowie an die der Gestaltung des privatrechtlichen Erwerbslebens dienenden Aktiengesellschaften und Genossenschaften erinnert. Alle diese Körperschaften sind in Zukunft unzweifelhaft als juristische Personen anzusehen. (Vergl. § 41 in Verbindung mit den Erläuterungen, welche die Motive zu diesem Punkte geben.) Bei der Entstehung der gedachten Körperschaften findet zwar durchweg eine gewisse Mitwirkung staatlicher Behörden statt, dieselbe ist aber in den meisten Fällen auf die

Prüfung der Frage beschränkt, ob die vom Gesetze aufgestellten Normativbedingungen erfüllt sind. Die Art und Weise jener behördlichen Mitwirkung ist sehr verschieden gestaltet: bald handelt es sich um die Thätigkeit eines Gerichts in der Eigenschaft einer sogenannten Registerbehörde, bald ist die Entscheidung in die Hand der höheren Verwaltungsbehörde, des Bundesraths oder des Reichsversicherungsamts gelegt.

Rechtsbildungen von ähnlichem Charakter begegnen uns auch auf dem Gebiete des Landesrechts, so in Preußen die Waldgenossenschaften und die Genossenschaften des Wasserrechts. Ob die im § 41 des Entwurfs angenommene Bestimmung des Inhalts der juristischen Persönlichkeit auch auf die preußische Gewerkschaft paßt, wird in der Wissenschaft ebenso streitig bleiben, wie dieselbe Frage bezüglich der offenen Handelsgesellschaft auf dem Gebiete des Reichsrechts. Es wäre wünschenswerth, wenn diese Zweifel durch eine andere Fassung des § 41 gehoben werden könnten. Es dürfte sich überhaupt empfehlen den Rechtssatz des § 41 durch Anführung der verschiedenen Gattungen und Arten juristischer Personen dem allgemeinen Verständnisse näher zu rücken. Oder trägt man Bedenken, die den Aktiengesellschaften und Genossenschaften zugedachte juristische Rangerhöhung aus dem Dunkel der Motive in das Licht der Oeffentlichkeit zu stellen?

Die bisher erwähnten juristischen Personen verdanken ihre Entstehung der modernen Rechtsentwickelung. Sondergesetze regeln die Bedingungen ihres Daseins, und es ist daher für den Rechtsverständigen nicht schwer, diese Bedingungen schnell und sicher zu erkennen. Dagegen umfängt uns ein geheimnißvolles Halbdunkel, sobald wir uns mit der Betrachtung derjenigen juristischen Personen beschäftigen, deren Wurzeln auf dem Gebiete des allgemeinen bürgerlichen Rechtes liegen.

In der gemeinrechtlichen Lehre und Rechtsübung ist bekanntlich die Frage streitig, ob eine Vereinigung von Personen schon durch den genügend kundgegebenen Willen der Theilnehmer die juristische Persönlichkeit erlangen könne, oder ob es dazu einer mehr oder minder kräftigen Mitwirkung staatlicher Behörden (Genehmigung des Vereinszweckes oder ausdrückliche Verleihung der juristischen Persönlichkeit) bedürfe. Nach dem Bericht der Motive nimmt die gemeinrechtliche Praxis überwiegend den letzteren Standpunkt ein. Damit ist indessen die Frage der praktischen Gestaltung des Vereinslebens nur zum Theil entschieden. Das Reichsgericht spricht nämlich für

das Gebiet des gemeinen Rechts ganz allgemein selbst solchen Personenvereinen, die nicht einmal den Anspruch erheben, juristische Personen zu sein, die Parteifähigkeit zu.*) Damit ist der größte Theil der Schwierigkeiten, welche sich der Bewegung der Personenvereine im Rechtsleben gegenüber stellen, mit einem Schlage beseitigt. Die Lösung ist freilich etwas gewaltsam und bringt in manchen Fällen erhebliche prozessualische Bedenken mit sich.

Den entgegengesetzten Standpunkt nimmt das französische Recht ein. Der code civil erwähnt in den Artikeln 538—542, 619, 668, 910, 937, 1596, 1712, 2045, 2121, 2153, 2227 den Staat, die Gemeinden und öffentlichen Anstalten als Träger von Vermögensrechten, ohne indessen die Rechtsbildung der juristischen Person als solcher zu besprechen und ihre Daseinsbedingungen zu regeln. Laurent, der aus politischen Gründen dem Vereinsleben eine gewisse Abneigung entgegenbringt, will sogar unter Berufung auf die Ansichten einzelner deutscher Rechtslehrer dem Rechtsbegriff der juristischen Person jede Anerkennung versagen. (Band I Nr. 287—316, siehe dagegen Puchelts's Zeitschrift Band I Seite 287.)

Weder jurische Personen noch die der juristischen Persönlichkeit entbehrenden Vereine sind in der Lage, aus dem französischen Gesetzbuche die geringste Belehrung über die Frage, welche Rechtsnormen ihre Verhältnisse nach Innen und nach Außen regeln, zu schöpfen. Die rheinische Praxis verlangt für die Entstehung einer jurischen Person die Verleihung der Korporationsrechte durch den Landesherrn. Vereine ohne juristische Persönlichkeit sind als solche vom Rechtserwerb wie vom Prozeßbetriebe ausgeschlossen.**)

Einen mittleren Weg hat das preußische Landrecht eingeschlagen. Es unterscheidet in aufsteigender Reihefolge:

1. erlaubte Gesellschaften,
2. privilegirte Gesellschaften,
3. mit Korporationsrechten versehene Gesellschaften.

Als letztere gelten nur diejenigen „vom Staate genehmigten Vereinigungen, welche sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben." § 25 Th. II Tit. 6. Die Fassung dieser

*) Entscheidungen IV S. 156, VII S. 164, VIII S. 121.
Vgl. auch Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts IV S. 202 und IV 212 mit Citaten aus Seuffert's und Striethorst's Archiv.

**) Vgl. Rheinisches Archiv 57 I 160, 59 I 120, 59 I 157, 59 I 177, 67 I 117, 76 I 79.

Bestimmung läßt an Klarheit viel zu wünschen übrig, namentlich in Anbetracht des Umstandes, daß auch die von der Entstehung der Stiftungen handelnde Rechtsnorm des § 42 Th. II Tit. 19 ganz allgemein von der „Genehmigung" des Staates spricht und sogar eine stillschweigende Genehmigung als ausreichend erwähnt. Die landrechtliche Praxis fordert nach dem Zeugnisse von Koch (Anm. 7 zu Th. II Tit. 6) zur Entstehung einer juristischen Person die Mitwirkung des Landesherrn, wobei es unklar bleibt, ob eine gelegentliche Genehmigung des gemeinnützigen Zweckes der Körperschaft genügt, oder die ausdrückliche Verleihung der juristischen Persönlichkeit gefordert wird. Die Entziehung der letzteren soll unter Umständen auch durch den Minister erfolgen können. (Koch am angeführten Orte.) Die Verfassung der juristischen Personen in den § 27—188 Th. II Tit. 6 ist recht gründlich mit landrechtlicher Gründlichkeit behandelt. Was die sogenannten erlaubten Gesellschaften (Vereine) anlangt, so sind die Rechtsverhältnisse derselben wenigstens nach Innen eingehend geordnet. Dritten Personen gegenüber werden die Vereinsmitglieder nur als „Theilnehmer eines gemeinsamen Rechts oder einer gemeinsamen Verbindlichkeit" betrachtet. § 12 Th. II Tit. 6. Mit diesem Satze ist für das Rechtsleben wenig gewonnen, wie die von Koch bezogenen Urtheile (Anmerkung 18 zu § 18 Th. II Tit. 6) beweisen.

Die Bundesstaaten Sachsen und Bayern haben schon in den Jahren 1868 und 1869 den Versuch gemacht, auf dem Rechtsgebiete, welches uns beschäftigt, neue und für Jedermann verständliche, dem praktischen Bedürfnisse dienende Rechtsnormen einzuführen. (Gesetze vom 15./6. 1868 und 29./4. 1869). Jeder Verein mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, welcher nach amtlicher Feststellung gewisse Normativbedingungen erfüllt, wird in ein öffentliches Register eingetragen und erlangt dadurch die Rechte der juristischen Person. Dahin gehören auch politische Vereine, mit dem Unterschiede, daß das bayerische Gesetz einem Verein, der überhaupt ohne behördliche Genehmigung bestehen kann, auch die Erlangung der juristischen Persönlichkeit nicht weiter erschwert, während Sachsen hierfür die Genehmigung des Ministers des Innern fordert. Bayern schließt die Anwendung des Gesetzes auf eigentliche Erwerbsgesellschaften aus, das sächsische Gesetz umfaßt auch die letzteren, unterwirft sie aber besonderen Bestimmungen, deren praktische Bedeutung in Folge der Einführung der deutschen Aktien- und Genossenschaftsgesetzgebung im Wesentlichen hinfällig geworden ist.

Der Entwurf will den geschilderten vielgestaltigen Rechtszustand fast unverändert in das neue deutsche Recht mit hinübernehmen.

Entgegen diesem Standpunkte des Entwurfs bringe ich folgende Wünsche zum Ausdruck:

I. Einführung gewisser einheitlicher Grundformen für alle auf Landesrecht beruhenden juristischen Personen. Das Reich möge in seinen Gesetzen an denselben Formen festhalten.

II. Einführungen von Normativbedingungen, durch deren Erfüllung die ihrem Charakter nach näher zu bestimmenden Vereine die Rechte einer juristischen Person erlangen können.

III. Ordnung der Rechtsverhältnisse derjenigen Vereine, welcher der juristischen Persönlichkeit entbehren.

I.

Das praktische Bedürfniß erheischt einestheils, daß Personenvereine ohne unnöthige Weiterungen die Rechte der juristischen Person erlangen können (vergl. in dieser Beziehung die Ausführungen unter II), andererseits aber auch, daß der Hergang der Entstehung einer solchen für Jedermann klar und zweifellos zur Erkenntniß gelangt. Es widerspricht sowohl den Erfordernissen der Rechtseinheit als den Bedürfnissen des täglichen Lebens, daß auch in Zukunft über die Frage, ob eine juristische Person entstanden, und ob ein Personenverein parteifähig ist, das Dunkel der gemeinrechtlichen Praxis schweben soll. Diese Praxis bringt den Vereinen in mancherlei Hinsicht Vortheile, die ich ihnen keineswegs nehmen, vielmehr in anderer Form (vergl. II) gewähren will, sie führt aber andererseits zu einer recht bedenklichen Verwirrung der Rechtsbegriffe. Man denke nur an den Fall, daß der vom Reichsgericht zur Prozeßführung zugelassene Vorstand während des Prozesses ganz oder theilweise seine Befugnisse verliert. Will das Reichsgericht in diesem Falle so weit gehen, die Bestimmungen der §§ 219 ff. C. P. O. über die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens entsprechend zur Anwendung zu bringen?

Die Motive glauben die Frage, ob ein Eingriff in das Landesrecht nöthig sei, um die Entstehung juristischer Personen übersichtlich zu regeln, mit der Erwägung verneinen zu sollen, man dürfe nicht

annehmen, daß die Landesgesetzgebung in Unthätigkeit verharre, obschon das bürgerliche Gesetzbuch die Aufforderung zum Eingreifen, soweit ein Bedürfniß vorhanden, enthalte. Diese Annahme ist schon deshalb unrichtig, weil die Voraussetzung unrichtig ist. Das neue bürgerliche Gesetzbuch enthält eine solche Aufforderung nicht, es läßt einfach Alles beim Alten. In Preußen hat sogar die ausdrückliche Ankündigung des Artikels 31 der Verfassung trotz des allseitig anerkannten Bedürfnisses (vergl. Roenne, Preußisches Staatsrecht IV, S. 214), nicht zur gesetzgeberischen Behandlung des Gegenstandes geführt. Wenn aber auch wirklich die Landesgesetzgebung sich in Bewegung setzen sollte, so ist doch damit in keiner Weise die nothwendige Einheitlichkeit der neuen Rechtsnormen verbürgt. Um diese Einheit wenigstens in den Grundzügen herbeizuführen, schlage ich die Aufstellung folgender Rechtsnormen vor:

A. Personenvereine und Stiftungen, welche ihren Ursprung aus dem Landesrecht ableiten, unterliegen einer allgemeinen Registerpflicht.*) Bei den Amtsgerichten ist ein Register zu führen, in welches alle diejenigen Körperschaften und Stiftungen eingetragen sind, für welche nicht schon besondere öffentliche Register auf dem Wege des Gesetzes eingeführt sind.

Eingetragen werden:

1. Name, Zweck und Sitz der juristischen Person,

2. die Bezeichnung des Gesetzes oder des behördlichen Verleihungsaktes, woraus dieselbe ihre Entstehung herleitet,

3. die statutarischen Bestimmungen über die Bildung des Vorstandes und die Befugnisse desselben hinsichtlich der Vertretung nach Außen.

Ob auch die Namen der Vorstandsmitglieder einzutragen sind, hängt von der Frage ab, wie das Erlöschen der Vertretungsbefugniß der Vorstandsmitglieder gegenüber dritten Personen wirken soll.

4. Das Erlöschen der juristischen Persönlichkeit.

B. Personenvereine und Stiftungen, welche ihren Ursprung aus dem Landesrecht ableiten, können nur entstehen:

1. durch eine ausdrückliche landesgesetzliche Bestimmung,

2. durch die zur öffentlichen Kenntniß gebrachte Verleihung der

*) Ich stelle anheim, dieselbe hinsichtlich einzelner juristischer Personen, z. B. der Gewerkschaften des preußischen Rechts, falls man solche zu den juristischen Personen rechnet, auszuschließen. Für zweckmäßig halte ich eine solche Einschränkung des allgemeinen Grundsatzes nicht.

juristischen Persönlichkeit Seitens der staatsrechtlich dazu berufenenen Behörden,

3. durch die Erfüllung der Bedingungen, welche in besonderen Landesgesetzen für die Erlangung der juristischen Persönlichkeit aufgestellt sind.

C. Die Registerbehörde hat zu prüfen, ob den Erfordernissen des Gesetzes genügt ist. Der Beschwerdeweg ist zu ordnen.

D. Vor der Eintragung in das Register können die juristischen Personen keine Rechtshandlung vornehmen.

E. Auch solche juristische Personen, welche schon zur Zeit des Inkrafttretens des bürgerlichen Gesetzbuchs bestehen, unterliegen der Registerpflicht. Dieselben können die ihnen gemäß Nr. A obliegenden Nachweise durch eine Bescheinigung der höheren Verwaltungsbehörde erbringen. Die Eintragung ist binnen eines Jahres vom Zeitpunkte des Inkrafttretens des bürgerlichen Gesetzbuchs zu bewirken und nach Ablauf dieser Frist durch Ordnungsstrafen zu erzwingen. Im Uebrigen soll das Unterlassen der Eintragung beziehungsweise Anmeldung keine Rechtswirkungen herbeiführen.

F. Personenvereine ohne juristische Persönlichkeit sind nicht parteifähig.

II.

Die Reichsgesetzgebung hat auf dem Gebiete des Erwerbslebens Vereinigungen jeder Art mit dem Rechte der juristischen Persönlichkeit ausgestattet. Die Anschauungen der früheren Zeit, welche die juristische Person als eine halbwegs mit amtlichem Charakter bekleidete, besonders vornehme Rechtseinrichtung betrachtete, sind ihr vollständig fremd geblieben. Bekanntlich wird grade jetzt nicht nur das Genossenschaftswesen einer erneuten Prüfung unterzogen, sondern auch ganz allgemein die Frage amtlich erörtert, ob das wirthschaftliche Bedürfniß die Schaffung neuer erwerbsgesellschaftlicher Formen erheischt. Mit Rücksicht auf diese Umstände sehe ich meinerseits von einer Besprechung der Frage ab, ob es angezeigt sei, von Reichswegen neue Formen für die dem Erwerbsleben angehörenden Vereinigungen einzuführen.

Dagegen möchte ich den Schutz und die Fürsorge des Reichsrechts für jene zahlreichen Vereinigungen in Stadt und Land anrufen, welche unter gewissen Bedingungen Jedem den Eintritt offen halten und ihrer Bestimmung nach nicht unmittelbar dem Erwerbsleben angehören, sondern soziale, gesellige, wissenschaftliche, künstlerische, religiöse, politische Zwecke der verschiedensten Art verfolgen, ihre Aufgabe in

der Förderung der Körper- oder Geistespflege, in der Wahrung der Interessen einzelner Stände, Gewerbe und Gegenden erblicken, kurzum Zwecke verfolgen, welche von den Vereinsmitgliedern für nützlich gehalten werden, ohne daß ihre Nützlichkeit eine so hervorragende oder so allgemein anerkannte wäre, daß mit Rücksicht hierauf die vom freien Ermessen der Behörden abhängige Verleihung von Korporationsrechten erstrebt werden könnte. Diese Vereine sind das Aschenbrödel der Gesetzgebung und stehen gleichsam außerhalb des Schutzes der Rechtsordnung. In noch höherem Maße gilt Letzteres von dritten Personen, welche die Unvorsichtigkeit begehen, mit dem Verein*) rechtliche Beziehungen anzuknüpfen. Laurent scheint in seinen nicht ganz klaren Ausführungen im Bande XXVI Nr. 186—192 die Anschauung zu vertreten, man solle diejenigen Personen, welche Namens solcher Vereine Verträge schließen, einfach so behandeln, als ob sie das Rechtsgeschäft für sich selbst abgeschlossen und somit die daraus abzuleitenden Verpflichtungen persönlich übernommen hätten. Um zu diesem Grundsatze zu gelangen, muß er natürlich leugnen, daß zwischen jenen Personen und den übrigen Vereinsmitgliedern ein Auftragsverhältniß oder eine diesem Verhältnisse ähnliche Rechtsbeziehung bestehe. Die vorgeschlagene Lösung ist allerdings sehr einfach, thut aber dem Willen der vertragschließenden Parteien augenscheinlich Gewalt an. Die rheinische Gerichtspraxis, die sonst den Ansichten Laurent's die höchste Beachtung zu Theil werden läßt, ist ihm denn auch in diesem Punkte nicht gefolgt. Leider thürmen sich nach Verwerfung jener radikalen Lösung die Schwierigkeiten in einem solchen Maße auf, daß man wohl sagen kann, die praktische Gestaltung des Privatvereinsrechts hänge im Wesentlichen von dem Anstandsgefühl der betheiligten Personen ab. Und doch handelt es sich um ein höchst wichtiges Gebiet der Rechtsordnung, um die verschiedenartigsten Vereinigungen, von denen manche eine sehr bedeutende rechtsgeschäftliche Thätigkeit entwickeln, wir haben im Rheinlande Privatvereine, welche Dienstverträge auf viele Jahre hinaus abschließen. Der hiesige Rudervereln hat ein Bootshaus auf dem Rheine schwimmen, welches viele tausend Mark gekostet hat, der Verein besitzt eine größere Anzahl von Booten, schließt Dienstverträge ab u. s. w. Der Verein zählt

*) Ich hoffe, keine juristische Ketzerei zu begehen, wenn ich hier und im Folgenden der Kürze wegen vom Verein statt von der Gesammtheit der den Verein bildenden Mitglieder rede.

hundert Mitglieder, die in Streitfällen sämmtlich in den Prozeß eintreten müßten. Manche Vereine haben mehr als tausend Mitglieder. Man stellt bekanntlich den Grundsatz auf, daß das Vereinsvermögen das gemeinschaftliche Eigenthum der Vereinsgenossen ist mit der Maßgabe, daß jeder Eintretende Miteigenthümer werde und jeder Austretende stillschweigend auf seinen Antheil verzichte. Ein schöner, leicht verständlicher Grundsatz, wie gestaltet sich aber seine Anwendung in der Praxis, und wie entscheidet sich die Frage der Haftung der Vereinsmitglieder für Vereinsschulden? Lassen diese sich auch so leicht abschütteln, wie die Vermögensbetheiligung, mit anderen Worten, ist ein Auftragsverhältniß denkbar, bei dem die Person des Auftraggebers nach Vollzug des Auftrags ohne Mitwirkung des betheiligten Dritten wechselt?

Oder ist im einzelnen Falle zu untersuchen, welche Vereinsmitglieder zur Zeit der einzelnen Rechtshandlung dem Verein angehörten? Wie gestaltet sich schließlich die Rechtsverfolgung in prozessualischer Hinsicht? Ein hiesiger Verein zählt etwa 1200 Mitglieder. Sollte wirklich Jemand auf den Gedanken kommen, es sei möglich, die Mitglieder eines solchen Vereins für Schulden haftbar zu machen, so mache er sich doch einmal eine Vorstellung von dem Verlaufe eines solchen Prozesses. Nachdem die haftbaren Mitglieder ermittelt und aufgefunden worden sind, was in der Regel zu den Unmöglichkeiten gehören dürfte, werden sie mit einem Kostenaufwande von etwa 500 Mark zum ersten Verhandlungstermin geladen, und die Verhandlung kann auf einem entsprechend ausgewählten Raum beginnen. Vorerst wird natürlich zu prüfen sein, ob alle Beklagten geladen, und ob nicht etwa einige inzwischen gestorben sind, gegen deren Erben das Verfahren unter Anwendung der §§ 217 ff. C. P. O. aufzunehmen sein würde. Ein derartiger Prozeß gehört praktisch zu den Unmöglichkeiten. Die Folge ist, daß in solchen Streitfällen die letzte Entscheidung bei dem guten oder bösen Willen der Betheiligten liegt. Die Einrede, daß dem Verein die juristische Persönlichkeit mangle, wirkt wie ein in letzter Instanz gesprochenes Urtheil. Vielfach werden auch die für die Erfüllung der Vereinsverbindlichkeiten in Anspruch genommenen Mitglieder mit Recht einwenden, daß sie nach dem Inhalt der Vereinssatzungen nur zur Zahlung bestimmter Beiträge verpflichtet seien, der Vorstand müsse zusehen, wie weit er mit dem auf diese Weise angesammelten Gelde reiche. Kann in einem solchen Falle die Klage trotzdem gegen die Vereinsmitglieder gerichtet werden,

vielleicht mit der Einschränkung, daß die Zwangsvollstreckung nur gegen das sogenannte Vereinsvermögen zulässig sei, oder hält man jene Beschränkung der Haftung Dritten gegenüber für unverbindlich, oder sollen nunmehr die rechtsgeschäftlichen Beziehungen lediglich zwischen dem fremden Vertragstheil und dem Vorstand entstehen? Aber auch der Vorstand hat sich nur soweit verpflichten wollen, als das Vereinsvermögen reicht, also tritt auch hier jene Frage nach der Einschränkung der Zwangsvollstreckung hervor. Hält man einen solchen Vorbehalt prozeßrechtlich für zulässig, so bleibt die Frage zu entscheiden, gegen wen denn die Klage zu richten sei, ob gegen den Vorstand als solchen, was schwerlich zulässig ist, oder gegen alle einzelnen gegenwärtigen Mitglieder, oder gegen diejenigen Mitglieder, welche zur Zeit den die Grundlage des Rechtsgeschäfts bildenden Beschluß gefaßt haben. Welche Bedeutung hat es, wenn die Generalversammlung eines Vereins mit beschränkten Mitgliederbeiträgen Beschlüsse faßt, namentlich wenn nicht alle Mitglieder anwesend sind, oder wenn es sich um einen Mehrheitsbeschluß handelt? Es mag ja sein, daß der Geist der Rechtsordnung auf alle diese Fragen eine Anwort hat, aber ich fürchte, daß die Orakelsprüche zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten sehr verschieden lauten und lebhaft an das Goethe'sche Wort vom Geist der Zeiten erinnern, das praktische Bedürfniß verlangt eine verständlichere Lösung. Als solche stellt sich meines Erachtens das in Bayern und Sachsen bereits erprobte System der Normativbedingungen dar. Seine Einführung würde die meisten der geschilderten Schwierigkeiten beseitigen und zur Bildung einer Rechtsform führen, unter deren Schutze gemeinnützige Unternehmungen von der allergrößten Tragweite — ich erinnere nur an die Industrie- und Gewerbeausstellungen — leicht und glücklich in's Leben gerufen werden können.

Die Motive berichten eingehend über den Stand der Frage und das Schicksal der bekannten Anträge, die der verstorbene Abgeordnete Schultze-Delitzsch in den Jahren 1870, 1871 und 1872 im norddeutschen beziehungsweise deutschen Reichstage gestellt hat, sie erkennen auch an, daß sehr erhebliche Gründe für die Einführung jenes Systems sprechen, kommen aber trotzdem zu dem Schlusse, von der Beschreitung dieses Weges abzusehen, weil sie die entgegenstehenden politischen Bedenken für ausschlaggebend ansehen und den in Sachsen und Bayern gemachten Erfahrungen allgemeine Bedeutung absprechen. Es sei nicht zu übersehen, welchen Gewinn an Kraft namentlich die politischen

Vereine dadurch erlangen könnten, daß sie in die Lage versetzt würden, sich Korporationsrechte zu verschaffen. Schließlich wird geltend gemacht, daß die technischen Schwierigkeiten, die Rechtsverhältnisse dieser Vereine nach Innen und Außen zu regeln, ungemein groß seien. Das letztgedachte Bedenken erledigt sich schon durch die Erwägung, daß grade in der Ordnung solcher Rechtsverhältnisse, welche sich nicht in die althergebrachten Rechtsformen hineinzwängen lassen, die Aufgabe des Gesetzgebers sich bethätigen muß. Die Rechtsverhältnisse der Vereine erheischen eine allgemeine Regelung, mag man dieselben nun mit Korporationsrechten ausstatten oder nicht. Auch die politischen Bedenken kann ich als gegründet nicht anerkennen.

Selbstverständlich kann nur an solche Vereine gedacht werden, welche erlaubte Zwecke in erlaubter Weise verfolgen. Da in dieser Beziehung in den einzelnen Bundesstaaten ein verschiedener Rechtszustand bestehen kann, so mag der Wirkungskreis dieser Vereine in Ermangelung besonderer Staatsverträge, die sich wohl namentlich in den einander benachbarten Kleinstaaten nützlich erweisen werden, auf das Gebiet des einzelnen Bundesstaates beschränkt bleiben. Ist der Vereinszweck durch Reichsgesetz oder Landesrecht verboten, oder besteht ein gesetzliches Verbot, den an sich erlaubten Zweck im Wege der Vereinsbildung zu verfolgen, so ist die Eintragung des Vereins in das Register der juristischen Personen von vornherein zu versagen. Die Entscheidung über die einschlägigen Fragen wird demjenigen Gerichte, welches die Eintragung zu bewirken hat, zu übertragen sein.

Die rechtskräftige Schließung des Vereins durch die nach Landesrecht oder Reichsrecht dazu berufenen Behörden hat selbstverständlich die Auflösung der juristischen Person zur unmittelbaren Folge. Es steht nichts entgegen, den letztgedachten Behörden oder auch bestimmten Verwaltungsbehörden bei Entscheidung der Frage, ob die Eintragung des Vereins als juristische Person erfolgen darf, eine gesetzlich geordnete Mitwirkung einzuräumen. Ein Bedenken, von Reichswegen über die Dienste bestimmter einzelstaatlicher Verwaltungsbehörden zu verfügen, besteht nicht, es ist dies bekanntlich gerade auf dem Gebiete der juristischen Personen wiederholt geschehen. (Vergleiche die Bestimmungen der Gewerbeordnung, des Krankenkassengesetzes, der Unfallversicherungsgesetze.) Den einzelnen Bundesstaaten bleibt bis zum Erlasse des in der Reichsverfassung vorgesehenen Reichsvereinsgesetzes die volle Freiheit gewahrt,

in den Grenzen ihres eigenen öffentlichen Rechts das Vereinswesen einzuschränken. Ist aber der Verein einmal lebensberechtigt, dann soll ihm auch von der Gesetzgebung die Möglichkeit nicht versagt werden, seine rechtlichen Beziehungen nach Innen und Außen dem Bedürfnisse entsprechend zu gestalten. „Die römischen Kaiser", sagt Professor Brinz im Jahre 1871 in Holzendorff's Encyklopädie, „verboten im Allgemeinen alle Vereine, die keine besondere Erlaubniß hatten, den erlaubten aber gaben sie stets auch das Recht, corpus habere. Erst bei uns hat man Beides getrennt. Das Korporationsrecht darf nicht von administrativer Willkür abhängig gemacht werden, bedarf vielmehr fester Rechtssätze. Das sächsische Gesetz von 1868 dient diesem Zwecke, in Preußen ist man noch nicht so weit." Den Anhänger der deutschen Rechtseinheit muß der Gedanke sonderbar berühren, daß es nicht möglich sein soll, auf einem das Volksleben so tief berührenden Gebiete die in Bayern und Sachsen wohlthätig wirkenden Rechtsnormen auch im übrigen Deutschland zur Anwendung zu bringen. Jene beiden Staaten stellen wegen der Verschiedenheit ihrer sozialen, politischen und religiösen Verhältnisse das günstigste Probefeld dar. Die dortigen Regierungen werden aber schwerlich berichten können, daß die Gesetze von 1868 und 1869 in den zwanzig Jahren ihres Bestehens ungünstige Folgen gezeitigt hätten. Die polizeiliche Ueberwachung der Vereine wird durch die geordneten Formen, in denen das Leben derselben sich bewegt, eher erleichtert, als erschwert. Verschwörer werden ihr Unternehmen schwerlich gerichtlich eintragen lassen.

Ich möchte überhaupt stark bezweifeln, daß politische Vereine von der Wohlthat des Gesetzes erheblichen Gebrauch machen werden. Sollte es dennoch geschehen, und sollten die politischen Vereine durch die Korporationsrechte einen erheblichen Machtzuwachs erlangen, so liegt darin kein Nachtheil für das Staatsleben, da Licht und Sonne für alle Parteien gleichmäßig vertheilt sind. Die Staatsregierungen haben bisher soviel bekannt nur in den seltensten Fällen politische Vereine mit Korporationsrechten ausgestattet, obschon sie ja in der Lage gewesen wären, dadurch die ihnen befreundeten Parteien zu bevorzugen. Man muß also entweder annehmen, daß nach der Meinung der Regierungen, dieser erfahrensten Sachverständigen, die Korporationsrechte keineswegs die von den Verfassern der Motive ihnen zugeschriebene Zauberkraft in sich bergen, oder daß die Regierungen die Anwendung jenes Kampfesmittels für unschicklich ge-

halten haben. Im ersteren Falle ist das Bedenken der Motive ohne Weiteres hinfällig, und im letzteren würde die Ausdehnung des Systems der Normativbedingungen auf politische Vereine einen gleichmäßigen Machtzuwachs für alle Parteien zur Folge haben, der bisherige politische Saldo bliebe unverändert. Uebrigens steht nichts entgegen, die Anwendung des Gesetzes auf Vereinsbildungen, für welche besondere Gesichtspunkte maßgebend sind, z. B. Vereinigungen von Ordensleuten, welche sich zu einem gemeinsamen Leben verbunden haben, auszuschließen. Ebenso halte ich es für nothwendig, eine Rechtsnorm in das Gesetz aufzunehmen, wonach der Erwerb an Grundeigenthum für die im Eingange des gegenwärtigen Abschnitts bezeichneten Vereine erschwert und die Erbeinsetzungsfähigkeit derselben beseitigt oder eingeschränkt wird.

Ich will gern zugeben, daß die oben geschilderten Schwierigkeiten auch durch die Einführung des Systems der Normativbedingungen nicht vollständig gehoben werden, indem manche Vereine von der ihnen zustehenden Befugniß keinen Gebrauch machen werden, es liegt aber kein Grund vor, von der Verwirklichung eines richtigen gesetzgeberischen Gedankens aus dem Grunde abzusehen, weil das vorgeschlagene Mittel kein Radikalmittel ist.

Es dürfte übrigens nicht unbillig sein, die Vorstandsmitglieder solcher Vereine, welche juristische Personen sein können, aber es nicht wollen, einer stärkeren persönlichen Haftbarkeit zu unterwerfen.

Die Grundlagen der neuen Rechtsbildung denke ich mir etwa in folgender Weise:

Personenvereine von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Thätigkeit nicht auf die Erzielung vermögensrechtlicher Vortheile, sondern auf die Verfolgung wissenschaftlicher, künstlerischer, religiöser, politischer, wohlthätiger, geselliger und gewerblicher Zwecke, auf die Förderung der Interessen bestimmter Berufskreise oder Gegenden, auf die Hebung der Körperpflege oder der Geistesbildung gerichtet ist, erlangen durch die Eintragung der beim Amtsgericht ihres Wohnsitzes geführte Register juristischer Personen die Rechte einer solchen unter der Bezeichnung:

Eingetragener Verein.

Ausgenommen sind:

1. Vereine, deren Bildung oder Zweck nach Reichsrecht oder den am Wohnsitze des Vereins geltenden Landesrecht unerlaubt ist,

2. Vereine, deren Thätigkeit oder Mitgliederbestand über den Bereich des einzelnen Bundesstaates hinausreicht,

3. Vereinigungen von Ordenspersonen zu häuslicher Gemeinschaft.

Zur Gründung bedarf es:

1. der Annahme eines Gesammtnamens,

2. der schriftlichen Abfassung des Gesellschaftsvertrages (Statuten),

3. in den Fällen, in denen die Bildung des Vereins gesetzlich von der Genehmigung einer Behörde abhängig ist, der Beibringung dieser Genehmigung.

Insoweit gesetzlich bestimmte Behörden berufen sind, über die Bildung des neuen Vereins oder über die Schließung des bestehenden Vereins zu entscheiden, ist diese Entscheidung auch für die Frage, ob der Verein die Rechte einer juristischen Person erlangen oder behalten kann, maßgebend. Im Uebrigen ist die Entscheidung, ob der Verein den gesetzlichen Erfordernissen entspricht und zur Eintragung gelangen kann, vom Amtsgericht zu treffen. Dasselbe theilt die Statuten des Vereins der höheren Verwaltungsbehörde zur Aeußerung mit. Erfolgt binnen Monatsfrist keine Beanstandung, so hat das Amtsgericht die ihm selbst obliegende Entscheidung zu treffen und den Verein zutreffenden Falles zur Eintragung zu bringen. Im anderen Falle setzt es den Antragsteller von der erfolgten Beanstandung in Kenntniß und giebt ihm anheim, dieselbe zu beseitigen. Sobald die Eintragung erfolgt ist, erhält der Antragsteller hierüber Nachricht.

Wird nach vollzogener Eintragung die Schließung des Vereins von einer gesetzlich dazu berufenen Behörde ausgesprochen, so hat das Amtsgericht auf Antrag der höheren Verwaltungsbehörde die Eintragung zu löschen und die Liquidation anzuordnen. Sobald das Verfahren auf Schließung des Vereins eingeleitet ist, hat das Gericht auf Antrag der höheren Verwaltungsbehörde an Stelle des Vorstandes dem Vereine einen gesetzlichen Vertreter zu bestellen, der die Rechte des Vorstandes ausübt, solange das Verfahren schwebt.

Soweit nach erfolgter Eintragung Bedenken auftauchen, welche die Entscheidung des Amtsgericht erheischen, prüft dieses auf Antrag der höheren Verwaltungsbehörde oder von Amtswegen, ob das Verfahren auf Schließung des Vereins oder Entziehung des Rechtes der juristischen Person einzuleiten sei. Die oben entwickelten Rechtssätze sind entsprechend anzuwenden.

Gegen Entscheidungen des Gerichts, welche den Antragsteller

oder andere Vereinsmitglieder beschweren, ist Beschwerde zulässig; das Verfahren ist näher zu regeln.

Das Gesetz soll Bestimmungen über die Verfassung der Vereine enthalten, welche sich im Wesentlichen an das bayerische Gesetz vom 29./4. 1869 anlehnen mögen. Es ist jedoch zu erwägen, ob nicht einzelne Bestimmungen zweckmäßiger nach dem Vorbilde des deutschen Genossenschaftsgesetzes oder des sächsischen Gesetzes vom 15./6. 1868 zu treffen sind.

III.

Auch in Zukunft wird sich nicht verhindern lassen, daß Vereine ohne Korporationsrechte eine rechtsgeschäftliche Thätigkeit entwickeln oder in anderer Weise im Rechtsleben handelnd auftreten. Das praktische Bedürfniß fordert von der Gesetzgebung eine bestimmte Antwort auf die Frage, wie die Rechtshandlungen solcher Vereine civilrechtlich und prozessualisch aufzufassen sind. Wegen des geringen Umfanges des mir zu Gebote stehenden Raumes beschränke ich mich auf folgende Vorschläge, die im Wesentlichen ihre Erläuterung in sich selbst tragen.

1. Verfassung.

Vor Allem bedarf es klarer Bestimmungen über die Gestaltung der inneren Verhältnisse der Vereine, wie sie beispielsweise vom preußischen Landrecht aufgestellt worden sind. (§§ 14, 25 ff. Thl. II Tit. 6.) Dieselben können und müssen sich soweit als möglich an die §§ 44 ff. des Entwurfs anlehnen. Die letztgedachten Normen sind aber keineswegs unterschiedslos auf solche Vereine anwendbar, auch bedürfen sie für die Zwecke der letzteren nach den verschiedensten Richtungen hin der Ergänzung. Es ist Bestimmung zu treffen über Eintritt und Austritt der Mitglieder, Wahl und Zusammensetzung des Vorstandes, über die Befugnisse des Vorstandes und der Generalversammlung, sowie über die Art und Weise der Einberufung der letzteren, insbesondere auch über die Tragweite der üblichen Bestimmung, daß die Vereinsmitglieder bestimmte Beiträge zu entrichten haben. (Vergl. unten 6 am Schusse.)

2. Rechte an unbeweglichen Sachen.

Die heutige Praxis nimmt an, daß die neu eintretenden Mitglieder durch ihren Eintritt stillschweigend Antheil vom gemeinsamen

Vermögen der Mitglieder erlangen, während die Austretenden sich durch ihren Austritt ebenso formlos ihrer Rechte auf dasselbe begeben. Diesem Grundsatze muß jede Anwendung auf das Gebiet der dinglichen Rechte an unbeweglichen Sachen versagt werden. Rechtshandlungen aller Art, welche bezwecken, unmittelbar oder mittelbar dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen auf Vereine oder deren Mitglieder zu übertragen, sollen weder die volle Rechtswirkung haben, daß jene Rechte unmittelbar erworben werden, noch auch die geringere Rechtswirkung, daß ein Anspruch auf Uebertragung jener Rechte und auf Erfüllung der vom Gesetze vorgeschriebenen Formen entsteht. Selbstverständlich ist bei dieser Ausnahmebestimmung nicht an den Fall gedacht, daß die Erwähnung des Vereins nur zu dem Zwecke erfolgt, um einen bestimmten Kreis von Personen kurz zu bezeichnen, immerhin ist aber die letztere Auffassung einer Rechtshandlung nur dann zulässig, wenn die Absicht der Betheiligten ersichtlich darauf gerichtet ist, die Vermögensstücke einem bestimmten Kreis von Personen als freies, auf die Erben übergehendes Eigenthum zu übertragen.

3. Rechte an beweglichen Sachen.

a) Im Verhältnisse der Vereinsmitglieder zu einander entscheiden über die Frage, wer den Anspruch hat, eine gemeinschaftliche bewegliche Sache im Namen der Vereinsmitglieder zu besitzen, die Vereinsstatuten. Dasjenige Vereinsmitglied, welches hiernach Anspruch auf den Besitz hat, kann denselben in eigenem Namen gegen den Inhaber, sofern letzterer die Inhabung in Folge seiner Eigenschaft als Vereinsmitglied erlangt hat, geltend machen.

b) Die für den Verein erworbenen beweglichen Sachen stehen im Miteigenthum der jeweiligen Vereinsmitglieder.

Wenn ein Dritter zur Herausgabe solcher Sachen verpflichtet ist, sei es auf Grund persönlicher oder dinglicher Verpflichtung, so muß die Geltendmachung dieses Anspruchs der Regel nach in der Weise erfolgen, daß alle Vereinsmitglieder in eigenem Namen als Kläger auftreten; der spätere Austritt von Mitgliedern aus dem Verein darf in diesem Falle an den Ansprüchen der Kläger oder ihrer Rechtsnachfolger dem Dritten gegenüber nichts ändern.

Diese Art der Rechtsverfolgung ist praktisch mit großen Schwierigkeiten verbunden. Es kommt daher in Frage, ob nicht einem einzelnen Mitgliede, beispielsweise dem letzten Inhaber der Sache beziehungsweise demjenigen Mitgliede, welches den Vertrag kraft ausdrücklicher

3*

oder statutmäßigen Auftrags Namens Aller abgeschlossen hat, die Befugniß zustehen soll, den Anspruch auf Herausgabe gegen den Dritten in eigenem Namen geltend zu machen. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird ein solches Recht sich nur in einzelnen Fällen herleiten lassen, es waltet aber kein Bedenken ob, dasselbe durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu begründen, mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß dasselbe erlischt, insoweit die Vereinsmitglieder den Anspruch bereits gemeinschaftlich geltend gemacht haben.

Das hiernach zur Klage berechtigte Vereinsmitglied ist auf Verlangen derjenigen Mitglieder, welche satzungsgemäß den Anspruch haben, die bewegliche Sache im Namen der Uebrigen zu besitzen, zur Abtretung der gedachten Klagerechte verpflichtet. (Vergl. oben unter Nr. 1).

c) Hat ein Dritter eine bewegliche Sache für Zwecke des Vereins in Leihe gegeben, so soll er den Anspruch auf Herausgabe gegen dasjenige Vereinsmitglied geltend machen können, dem er dieselbe übergeben hat; die Einrede, daß der Empfänger die Sache gleichzeitig für Andere empfangen und an letztere weiter begeben habe, ist auszuschließen.

4. Zurückbehaltungsrecht.

Wer zur Herausgabe einer beweglichen Sache an den „Verein“ verpflichtet ist, soll für alle Forderungen, welche ihm „gegen den Verein“ zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht haben. Dies Recht soll auch dann bestehen, wenn die Forderung noch nicht fällig ist, es sei denn, daß im letzteren Falle eine zahlungsfähige Person für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Vereins selbstschuldnerische Bürgschaft leistet.

Dieser Rechtssatz entspringt einer der Billigkeit entsprechenden Rücksichtnahme auf die Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung. Derselbe Gesichtspunkt bestimmt mich auch, als einzig zulässige Form der Sicherheitsleistung die Bürgschaft hinzustellen.

5. Unerlaubte Handlungen.

Für den Ersatz des Schadens, welchen ein Vereinsmitglied durch eine in Ausübung seiner Vertretungsbefugniß begangene widerrechtliche Handlung einem Dritten zugefügt hat, sind die übrigen Mitglieder nicht haftbar.

6. Schulden des Vereins.

Die schwierigste praktische Frage ist die schon mehrfach berührte: Wer haftet für die Schulden des Vereins, und wie ist diese Haftbarkeit prozessualisch geltend zu machen?

Die einfachste Lösung läge in einer Bestimmung, welche besagt, daß die ein Rechtsgeschäft für den Verein abschließenden Vereinsmitglieder dem Dritten gegenüber persönlich haftbar sind. Ein solcher Rechtssatz würde in manchen Fällen zu unbilligen Härten führen, namentlich bei Verträgen, welche auf eine längere Zeitdauer geschlossen sind. Es ist daher im Allgemeinen an der Auffassung, daß das Mitglied als Bevollmächtigter handelt, festzuhalten. Dies schließt nicht aus, nach gewissen Richtungen hin eine schärfere Haftbarkeit des Handelnden einzuführen. So wäre es z. B. nicht unbillig, demselben die Verpflichtung aufzuerlegen, auf Verlangen des anderen Theiles binnen einer im Gesetze zu bestimmenden Frist genau anzugeben, welche Personen für die Erfüllung der Verbindlichkeit haftbar sind. Die gänzliche Unterlassung der Auskunftsertheilung mag die persönliche Haftung des Handelnden, eine unvollständige Auskunft mag seine Verpflichtung zum Schadenersatze begründen. Die Ausübung der hiernach dem anderen Theile zustehenden Rechte muß an eine kurze Zeitfrist gebunden sein. Wenn das System der Normativbedingungen für die Erlangung der juristischen Persönlichkeit zur Annahme gelangt, so wäre eine noch schärfere Haftbarmachung der für den Verein handelnden Mitglieder am Platze. Beispielsweise würde ich eine Bestimmung des Inhalts vorschlagen, daß das handelnde Vereinsmitglied dem anderen Vertragstheile gegenüber solange persönlich verpflichtet ist, als letzterer nicht durch Abfassung schriftlicher Verträge, Ausstellung von Rechnungen oder in ähnlicher Weise den „Verein" als seinen Schuldner angenommen hat. Die Annahme, daß in solchen Fällen die hingeworfene Bemerkung „für den X-Verein" lediglich eine Zweckangabe darstellen soll, entspricht der Auffassung des täglichen Lebens.

Diese Vorschläge machen indessen eine grundsätzliche Lösung der Frage, wer für die Schulden des Vereins dem Dritten gegenüber hafte, keineswegs entbehrlich. Die wichtigsten der in Betracht kommenden Fälle sind folgende:

A. Die Mitglieder haften nach den Statuten für alle Aufwendungen, welche die Vereinsorgane in gültiger Weise beschließen.

a) Ein solcher Beschluß liegt vor: Sie haften alle, Austritt aus dem Verein befreit sie nicht von der Haftbarkeit.

b) Der Beschluß ist statutwidrig: Es haften diejenigen persönlich, welche denselben gefaßt haben.

B. Die Mitglieder haben nur bestimmte Beiträge zu zahlen.

a) Sie haben trotzdem einstimmig den Beschluß gefaßt, ein bestimmtes Rechtsgeschäft zu thätigen: Sie haften alle trotz jener beschränkten Zahlungspflicht.

b) Ein solcher Beschluß ist nur mit Stimmenmehrheit gefaßt: Diejenigen, welche demselben zugestimmt haben, haften.

c) Die Beschlußfassung ist durch den Vorstand in gültiger Weise erfolgt. Wer ist haftbar, und wer ist prozessualisch zu belangen?

α. Die einzelnen Vereinsmitglieder können nicht belangt werden, so haben ja ausdrücklich jede Haftung über die Beiträge hinaus ausgeschlossen und gleichsam dem Vorstande gesagt: Sieh' zu, wie Du mit unseren Mitteln haushältst.

β. Es geht auch nicht an, die einzelnen Mitglieder mit der Einschränkung zu belangen, daß die Zwangsvollstreckung nur aus dem gemeinschaftlichen Vereinsvermögen stattfinden dürfe. Diese Lösung mag prozessualisch zulässig sein, scheitert aber an dem Umstande, daß auf diesem Wege die Vereinsmitglieder doch wieder zu weiteren Zahlungen, wie Prozeßkosten u. s. w. genöthigt würden.

γ. Die Vorstandsmitglieder als solche können prozeßrechtlich nicht belangt werden. Wollte man dieselben etwa in eigenem Namen mit der gedachten Einschränkung hinsichtlich der Zwangsvollstreckung belangen, so würde über das Miteigenthum der übrigen Vereinsmitglieder entschieden, ohne daß denselben rechtliches Gehör gewährt worden wäre.

δ. Die Vorstandsmitglieder, welche den Beschluß gefaßt haben, persönlich haftbar zu machen, würde nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unzulässig und wie schon angedeutet aus dem Grunde unbillig sein, weil dieselben es keineswegs in der Hand haben, ihre Vorstandsstellung und ihren Einfluß auf die Verwendung des Vereinsvermögens bis zu dem Zeitpunkte festzuhalten, wo der Dritte sie haftbar zu machen versucht.

Ein Ausweg aus diesen Irrgängen ist nur dadurch herzustellen, daß eine neue Rechtsnorm den geschlossenen Zusammenhang der entwickelten Rechtsgrundsätze durchbricht:

Die übliche Bestimmung, daß die Vereinsmitglieder nur gewisse

Beiträge zu zahlen haben, sollte entweder dritten Personen gegenüber rechtsunwirksam sein oder für die Vorstandsmitglieder die Folge haben, daß dieselben, soweit ihre Mitwirkung bei Beschlüssen reicht, dritten Personen gegenüber als Selbstschuldner haften. Der erstgedachte Rechtssatz dürfte den Vorzug verdienen.

7. Forderungen des Vereins.

Soll eine dem „Verein" zustehende Forderung eingeklagt werden, so müssen nach allgemeinen Grundsätzen alle Mitglieder als Kläger auftreten. Dies ist in den meisten Fällen praktisch unthunlich. Als Auskunftsmittel bietet sich der Weg der Uebertragung der Forderung auf eine bestimmte Person, welche dieselbe dem Dritten gegenüber mit allen Rechten des wahren Inhabers geltend macht. Diese Uebertragung muß an und für sich dem Dritten in der Form des § 308 des Entwurfs durch eine von allen Vereinsmitgliedern vollzogene öffentliche Urkunde nachgewiesen werden. Insoweit jener Dritte selbst in rechtliche Beziehungen zu dem Vereine und seinen Organen getreten ist, wird derselbe nicht beschwert, wenn bestimmt wird, daß zu der Uebertragung der Forderung die statutgemäße Zustimmung der Generalversammlung oder des Vorstandes ausreicht, und die in § 308 erwähnte öffentliche Urkunde nur in dieser Richtung den Nachweis des Uebergangs der Forderung zu enthalten braucht.

Bezüglich mancher dieser Vorschläge wird man vielleicht entgegnen, daß sie sich ohne Weiteres aus dem Gesetze herleiten lassen. Ich will darüber nicht streiten. Soviel ist aber sicher, daß es bisher in Praxis selten gelungen ist, auf diesem Gebiete die Aufgaben der Rechtsordnung befriedigend zu lösen.

Schlußbemerkung.

Die Rechtsnormen der §§ 44 bis 63 des Entwurfs lassen sich ohne Schwierigkeit in das von mir vorgeschlagene System einfügen. Von einer Erörterung der Bedenken, zu welchen meines Erachtens einzelne dieser Bestimmungen sowie gewisse Lücken des Gesetzes Anlaß geben, glaube ich mit Rücksicht auf den Zweck meiner Arbeit und die Beschränktheit des Raumes absehen zu sollen.

Es wäre wünschenswerth, wenn mit größerer Klarheit zum Ausdruck gebracht werden könnte, daß die §§ 44—57 und 61 des Entwurfs für alle Körperschaften gelten sollen, mögen dieselben

öffentlich rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter tragen, mögen sie erst unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs ins Leben treten oder schon früher bestanden haben.

Die Rechtsverhältnisse der Stiftungen sind zutreffend geordnet. Die Gründe, welche bei Körperschaften für die Einführung des Systems der Normativbedingungen sprechen, treffen hier nicht zu.

Verschiedene Einzelbestimmungen des Entwurfs, z. B. § 44 Absatz 5, können zweckmäßig auf den Fiskus anwendbar erklärt werden. Es wäre überhaupt wünschenswerth, wenn auch die juristische Persönlichkeit des Fiskus zum Gegenstande reichsrechtlicher Normen gemacht werden könnte.

Der Beginn des Rechtsstreits.

Von Rechtsanwalt Dr. Carl Linkelmann II in Hannover.

Die möglichen Wirkungen, die ein Rechtsstreit auf den geltend gemachten Anspruch ausübt, beziehen sich entweder auf den im Wege der Klage und Widerklage oder auf den im Wege der Einrede geltend gemachten Anspruch. Der Entwurf geht davon aus, daß nur der Erhebung der Klage und Widerklage eine materiell-rechtliche Bedeutung gebührt. Gegen diese Anschauung lassen sich unseres Erachtens begründete Einwendungen nicht erheben. Unsere Untersuchung wird sich demnach auf eine Erörterung der Wirkungen der Klage und Widerklage beschränken. Die bezeichneten Wirkungen sind im Verhältnisse zu einander gleichartig.

Der Entwurf verzichtet auf eine erschöpfende Regelung des Gegenstandes. Nicht geregelt ist die Uebertragbarkeit der in Streit befangenen Sachen und Ansprüche. Hier werden die Vorschriften der C. P. O. § 236—238 maßgebend bleiben, falls nicht, wie die Motive Bd. I S. 361 andeuten, eine Aenderung jener Vorschriften durch das Einführungsgesetz beliebt wird.

Von Wirkungen der Klagerhebung oder des Eintritts der Rechtshängigkeit spricht der Entwurf in den §§ 170—174, 244, 933, 945, 964, 1017, 1155, 2085, 192 Abs. 1, 740 Abs. 3, 885 Abs. 3, 938 Abs. 3, 1222, 1224, 1216 Abs. 1, 1315, 1329, 1331 Abs. 2, 1360 Abs. 2, 1379, 1407 Abs. 1, 1429 Abs. 1, 1430 Abs. 3, 1492. Allgemeinere Bedeutung beanspruchen jedoch nur die Bestimmungen über die mit der Rechtshängigkeit eintretende gesteigerte Haftung des Beklagten und die Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung und der Ersitzung.

Eine kurze Wiedergabe dieser Bestimmungen dürfte nicht unerwünscht sein.

a. Durch den Streitbeginn als solchen wird die Haftung des Beklagten gesteigert, wenn es sich handelt um den persönlichen Anspruch auf Herausgabe einer in sich bestimmten Sache (§ 244 des Entwurfs) oder um die Ansprüche des Sachen- und Erbrechts (§§ 933, 945, 95, 964, 1017, 1155, 2085). Von der Rechtshängigkeit der betreffenden Ansprüche an wird der Beklagte in seiner Haftung für Nutzen und Schaden dem bösgläubigen Besitzer gleichgestellt. Der Beklagte ist mithin verpflichtet, dem Kläger diejenigen Nutzungen heraus zu geben, die er nach dem gedachten Zeitpunkte gezogen hat; er haftet für denjenigen nach diesem Zeitpunkte aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden, welcher durch Untergang oder Verschlechterung der Sache oder der soeben bezeichneten Nutzungen oder dadurch entstanden ist, daß Nutzungen, welche hätten gezogen werden können, nicht gezogen sind.

Diese eigenartige Haftung tritt jedoch nur unter der Voraussetzung ein, daß der Beklagte sich nicht im Verzuge befindet. Denn im Verzugsfalle ist der Beklagte auch während der Dauer des Prozesses bis zur Befriedigung des Anspruchs den strengeren Wirkungen des Verzuges unterworfen. Und zwar gleichviel, ob Schuldverhältnisse in Frage stehen oder sachenrechtliche oder erbrechtliche Verhältnisse. Der Verzug ist nach dem Standpunkte des Entwurfes auf alle diese Verhältnisse anwendbar; seine Folgen sind überall gleichmäßig geordnet (vergl. § 244, 934, 945, 964, 1017, 1155, 2086). Da nun die Erhebung der Klage auf Verurtheilung zur Leistung als Mahnung angesehen wird (§ 245), so wird in diesem Zeitpunkte spätestens auch der Verzug des Beklagten eintreten, in so fern nicht von ihm die Entschuldigung aus § 246 angerufen werden kann. Der Hauptanwendungsfall der letzteren Bestimmung und damit der Hauptanwendungsfall der Vorschriften über die Haftung des Prozeßbesitzers ist der Ausschluß des Verzuges durch entschuldbaren Irrthum.

Daß bei persönlichen Ansprüchen auf Herausgabe einer in sich bestimmten Sache die vorstehenden Grundsätze auch dann außer Anwendung bleiben, wenn aus dem Schuldverhältnisse eine andersartige Haftung sich ergiebt, ist ziemlich selbstverständlich.

Völlig unberührt von einer Einwirkung des Streitbeginnes bleiben diejenigen persönlichen Ansprüche, deren Gegenstand die

Zahlung einer Geldsumme oder die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache bildet. Insbesondere können Prozeßzinsen nicht gefordert werden. Die Motive Bd. II S. 55 erachten hier die Vorschriften über die Wirkungen des Verzuges als ausreichend.

b. Der Lauf der Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruches, auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurtheiles Klage erhebt. Der Klagerhebung sind gleichgestellt die im § 170 Abs. 2 Nr. 1—4 aufgeführten Rechtshandlungen, darunter die Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren.

Die Unterbrechung mittels Klagerhebung gilt aber als nicht erfolgt, wenn der Berechtigte die Klage zurücknimmt oder wenn dieselbe wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird. Nur bei Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts tritt eine Ausnahme ein. Erhebt alsdann der Berechtigte die Klage innerhalb 6 Monaten nach der Rechtskraft des Urtheils bei dem zuständigen Gerichte, so gilt die Verjährung als durch die erste Klagerhebung unterbrochen. Vergl. auch § 170 Abs. 3 und 4.

Die Unterbrechung mittels Zustellung eines Zahlungsbefehles gilt als nicht erfolgt, wenn die Wirkungen der Rechtshängigkeit nach Maßgabe der §§ 637, 640, 641 C. P. O. erlöschen.

Die Dauer der Unterbrechung erstreckt sich bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des Rechtsstreits. Ist der Rechtsstreit in Stillstand gerathen, so endigt die Unterbrechung in demjenigen Augenblicke, in welchem der Stillstand eintritt; durch das weitere Betreiben seitens der einen oder anderen Partei wird der Lauf der Verjährung von Neuem unterbrochen.

Auf die Ersitzungszeit finden die Rechtssätze über die Unterbrechung des Laufes der Verjährungszeit entsprechende Anwendung. Die Unterbrechung wirkt aber nur zu Gunsten desjenigen, der sie herbeigeführt hat. Die Ersitzung ist dem Entwurfe nur mit Bezug auf den Eigenthumserwerb an beweglichen Sachen bekannt (§§ 170, 171, 174, 887).

Sonstige Bestimmungen allgemeineren Inhalts haben in den Entwurf keine Aufnahme gefunden. Im Gegensatz zu dem bisherigen Recht ist der Streitbeginn ohne Einfluß auf die Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern, sowie auf das Wahlrecht zwischen verschiedenen Ansprüchen oder

zwischen verschiedenen Gegenständen desselben Anspruchs; die Vererblichkeit der Rechtsverhältnisse wird durch den Eintritt der Rechtshängigkeit nur ausnahmsweise berührt.

Ebenso schweigt der Entwurf hinsichtlich der Frage, „welchem Zeitpunkte der Richter die thatsächlichen Voraussetzungen seines Spruchs zu entnehmen hat". Nach der Gestaltung des heutigen Rechtes kann es, wie die Motive Bd. I S. 364 vollkommen richtig hervorheben, keinem Zweifel unterliegen, daß die rechtsaufhebenden oder rechtshindernden ebenso wie die rechtserzeugenden Thatsachen bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, — in der Berufungsinstanz mit den durch die C. P. O. bestimmten Beschränkungen — geltend gemacht werden können. Die Verurtheilung ist demnach ausgeschlossen, wenn ein Anspruch, der zur Zeit der Klagerhebung begründet war, in dem gedachten Zeitpunkte aufgehört hat, begründet zu sein. Die Berücksichtigung der nach Zustellung der Klage geltend gemachten rechtserzeugenden Thatsachen ist dagegen nur innerhalb der durch die Klagänderungsbefugniß gezogenen Grenzen zulässig.

Der vom Entwurfe eingenommene grundsätzliche Standpunkt verdient die rückhaltloseste Anerkennung. Was prozessualisch durch die C. P. O. vorbereitet wurde, ist durch den Entwurf mit Bezug auf das materielle Recht vollendet. Man vergleiche den ungeheuren Abstand von der Ursprungsquelle des heutigen Rechtes, von den Satzungen des alten römischen Rechts. Noch in den Grenzen privatrechtlicher Anschauung bewegt sich der altrömische Prozeß. Staatsrechtlich gipfelt seine Aufgabe in der Anordnung des judicium. Denn der bezeichnete Akt entscheidet — das ist doch der staatsrechtliche Kern der sententia — bedingt wenigstens über die Erzwingbarkeit des privatrechtlichen Anspruchs. Das judicium ist aber die Form, in der der Anspruch zur Verwirklichung kommt und besteht anstatt des Anspruches, der untergegangen ist. Es ist ein Rechtsverhältniß gebildet aus dem Inhalt des untergegangenen Anspruchs, nur verstärkt in subjektiver Beziehung durch die Aufnahme des judicium, ein Rechtsverhältniß, das ähnlich wie das compromissum des Privatrechts, auf Erklärungen der Parteien beruht, wenn auch auf Erklärungen, deren Angabe erzwungen werden kann.

Aus dieser Vermischung zwischen öffentlichem und Privatrecht ergaben sich in natürlicher Folge zwei Sätze von grundlegender Bedeutung:

1. Der Anspruch besteht nur noch in der Form des judicium. Das judicium ist ein Rechtsverhältniß von selbständigem Charakter und wird namentlich unempfindlich gegen Aufhaltungsgründe, denen der Anspruch unterworfen war.

2. Der sententia ist derjenige Zustand des Anspruchs zu Grunde zu legen, in welchem sich derselbe in dem Zeitpunkte der Anwendung des judicium befand. Denn nur dieser Zustand hat die Vorprüfung des Prätors passirt; nur mit Bezug auf diesen Zustand war die Mitwirkung der Parteien zu erzwingen.

Die ausnahmslose Gültigkeit jener grundlegenden Sätze konnte schon zur Zeit des alten Römisches Civilprozesses nicht aufrecht erhalten werden. Billigkeitsgründe erforderten mannigfache Abweichungen. Ihre Bedeutung war aber vernichtet in demjenigen Augenblicke, in welchem der Untergang des Judicialverfahrens zur Thatsache geworden war. Die geschichtliche Entwickelung dieser Rechtsmaterie bis auf die neueste Zeit ist ein steter Kampf der Loslösung des privaten von dem öffentlichen Recht. Die rein staatliche Rechtspflege bedurfte keiner Anlehnung an eine parteiseitige Willenserklärung. Durch die C. P. O. ist der öffentlich-rechtliche Inhalt der Rechtshängigkeit aus den Unklarheiten privatrechtlicher Anschauungen herausgehoben worden. Noch bestanden aber und bestehen in dem gemeinen Rechte wie in den großen Gesetzgebungswerken mannigfache Wirkungen des Prozesses auf den eingeklagten Anspruch, die sich nur als Anklänge an die Satzungen des alten judicium erklären. Dem Entwurf gebührt das Verdienst, auch diese Anklänge beseitigt und damit die letzten Folgerungen einer langjährigen Entwickelung im Sinne wissenschaftlicher Abklärung gezogen zu haben. Nach römischem Recht war die Veränderung des Anspruchs im Prozesse eine begriffliche Nothwendigkeit, deren verletzende Folgen nur durch Billigkeitssätze beseitigt werden konnten. Die in dem Entwurf zum Ausdruck gelangte heutige Rechtsanschauung beruht auf der entgegengesetzten Regel, daß das eingeklagte Rechtsverhältniß durch seine gerichtliche Geltendmachung nicht berührt wird. Die an die Klagerhebung oder an den Hintritt der Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen sind nicht mehr durch prozeß-politische, sondern nur noch durch Gründe materiell-rechtlicher Natur bestimmt. Diese ihre Herkunft darf bei einer wissenschaftlichen Betrachtung nicht außer Acht gelassen werden.

Der grundsätzliche Standpunkt des Entwurfs ist unbedingt zutreffend. Ist dasselbe zu sagen von der Regelung des Gegenstandes

in allen seinen Einzelheiten? Sind die Bedürfnisse der Praxis berücksichtigt?

Was die s. g. Steigerung des Anspruchs anbetrifft, so entspricht die Uebertragung der Grundsätze vom bösgläubigen Besitz auf den Prozeßbesitz der in neuerer Zeit zum Durchbruch gelangten Rechtsüberzeugung. Nur das gemeine Recht läßt den Unterschied zwischen bös- und gutgläubigen Besitzer auch für die Dauer des Prozesses fortwirken und stellt den bösgläubigen Besitzer unter besonders scharfe Bedingungen. Dieser Unterschied ist vom Entwurf mit Recht mißbilligt worden.

Bedenklich ist dagegen die Beseitigung der Prozeßzinsen. Derselbe Billigkeitsgrund, welcher den Besitzer einer Sache zur Herausgabe der vom Streitbeginne an gezogenen Früchte verpflichtet, überweist vom Streitbeginne an den vom Gelde zu ziehenden Nutzen dem Gläubiger. Ob gegenüber dem regelmäßig eintretenden Verzuge der Anwendungsfall sich so selten ereignen würde, wie die Motive a. a. O. unterstellen, kann nicht entscheidend sein, ist aber auch zu bezweifeln. Hat doch das Reichsgericht allein schon zu wiederholten Malen Veranlassung gehabt, sich mit der Frage der Prozeßzinsen zu befassen. (Vgl. R. G. E. Bd. II S. 176, Bd. VII S. 161, Bd. VIII S. 174, Bd. IX S. 174.) Dem Billigkeitsgrunde steht die praktische Erwägung zur Seite, daß in dem möglichen Anwendungsfalle gerade die Grenze zwischen Verzug und Nichtverzug häufig eine zweifelhafte sein wird. Die Anerkennung von Prozeßzinsen würde die auftauchenden Zweifel für die Praxis beseitigen. —

Einer eingehenderen Besprechung erscheint die Frage bedürftig nach der Dauer der Rechtshängigkeitswirkungen für den Fall, daß der Rechtsstreit ohne sachliche Entscheidung beendigt wird.

Wenn dieser Frage bislang nur geringe Aufmerksamkeit zugewandt worden ist, so hängt das wohl mit dem maßgebenden Einflusse zusammen, welchen das klassischrömische Recht auf Wissenschaft und Praxis ausgeübt hat. Im römischen Prozesse vollzieht sich die prozessualische Einwirkung auf das Rechtsverhältniß vor dem Prätor mit der Litis contestatio, bezw. mit der Anwendung des judicium, also in einem Zeitpunkte, in welchem die Gesetzmäßigkeit der Ladung und das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen bereits festgestellt war. Das Ende des judicium war stets auch das Ende des materiellen Rechtsverhältnisses. Mit der injusvocatio verband sich aber urspünglich keine Folge für das materielle Recht, obwohl durch diesen Akt

bereits wie heute die Rechtshängigkeit, nämlich die Fortdauer der Zuständigkeit des Prätors, begründet wurde. Für das klassische römische Recht konnte mithin die zur Beurtheilung stehende Frage gar nicht aufgeworfen werden.

Je mehr nun die Bedeutung der Litis contestatio zurückgedrängt wurde, um so stärker mußte sich die Neigung geltend machen, der Ladung schon die maßgebende Einwirkung beizumessen. In welchem Umfange diese Verschiebung stattgefunden hat, war bis zu dem Inkrafttreten der C. P. O. streitig. Die C. P. O. schließt diese Entwicklung in dem Sinne ab, daß ausnahmslos bei Zustellung der Klage bezw. des Zahlungsbefehles für maßgebend erklärt wird. In Folge der gedachten Veränderung ist es überhaupt erst möglich geworden, daß die Rechtshängigkeitswirkungen eintreten, ohne daß die Lage des Prozesses eine sachliche Entscheidung bedingt.

Diejenigen Fälle, die in Betracht kommen, sind:

a) die Beendigung des Rechtsstreites durch Zurücknahme der Klage,
b) der Fall, in welchem die Fortsetzung des Mahnverfahrens aufgegeben wird,
c) die Abweisung der Klage als an sich unstatthaft, d. i. wegen prozessualisch-mangelhafter Klagerhebung,
d) die Abweisung der Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung.

Die Verhältnisse zu a und b sind durch die C. P. O. in der Art geordnet, daß beim Eintritt der betreffenden Endigungsgründe die Rechtshängigkeitswirkungen mit rückwirkender Kraft aufgelöst werden. Diese Bestimmungen sind dem Entwurf gegenüber allgemein gültig, obwohl dieselben nur wiederholt sind mit Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung (§ 171 Abs. 1, 172) und, in so weit die Zurücknahme der Klage in Frage steht, mit Bezug auf die besonderen Fälle der §§ 1268 Satz 1, 1476, 1478. Die Verhältnisse zu c und d sind dagegen durch die C. P. O. gar nicht, durch den Entwurf nur im Hinblick auf die Unterbrechung der Verjährung geordnet. Dieser Rechtslage gegenüber ist die Ausstellung zu machen, daß nicht auch eine allgemeine Regelung der Verhältnisse zu c und d beliebt worden ist. Prozessualisch gesprochen endigt ja die Rechtshängigkeit, deren Eintritt in der Regel weder durch den Mangel einer Prozeßvoraussetzung noch durch Mängel in der Klagerhebung gehindert wird, erst mit der Rechtskraft des klagabweisenden Urtheils. Hieraus folgt

aber weder, daß auch die civilrechtlichen Wirkungen wiederum wegfallen noch daß sie nicht rückwärts wegfallen. Denn ein nothwendiger Zusammenhang zwischen prozeß- und civilrechtlichen Wirkungen besteht, wie oben schon bemerkt ist, nicht. Zur Ermittlung des Endpunktes der civilrechtlichen Wirkungen sind wir auf ihre innere Natur sowie auf Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe angewiesen. Und es muß geläugnet werden, daß dieser Maßstab in allen Fällen ein sicheres Resultat gewährt. Eine erschöpfende Regelung erscheint daher aus praktischen wie aus systematischen Gründen geboten.

Allerdings wird man dabei von demjenigen Gedanken ausgehen müssen, welcher in sämmtlichen civilrechtlichen Wirkungen mehr oder weniger hervortritt, daß ihnen nämlich eine sachliche Bedeutung nur zukommt, wenn schließlich einmal eine Verurtheilung des Beklagten erreicht wird. Dieser Ausgangspunkt bewährt sich mit der Wahrheit des römischen Rechtes, welches die materiell-rechtlichen Wirkungen des Streitbeginnes erst an die Litis contestatio anknüpft, und führt in das heutige Recht übertragen, zu der Regel, daß ebenso wie bei Zurücknahme der Klage die durch die Klagerhebung oder den Eintritt der Rechtshängigkeit erzeugten Wirkungen mit rückwirkender Kraft wieder aufgelöst werden, wenn die Klage als an sich unstatthaft oder wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird. Ausschließlich entscheidend ist aber jener Gedanke keineswegs; durchaus nicht sämmtliche Wirkungen setzen voraus, daß gerade die angestellte Klage schon zur Verurtheilung führt. Abweichungen von der aufgestellten Regel dürften jedoch aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen nur für wenige Fälle gefordert werden. Wir rechnen dahin die Fälle der §§ 402, 938 Abs. 2, 1430 Abs. 2 sowie die Fälle der Unterbrechung der Verjährung.

Für die Rechtsfolgen der §§ 402, 938 Abs. 2 muß es augenscheinlich gleichgültig sein, ob der Rechtsstreit ohne sachliche Entscheidung beendigt wird. Die dort erwähnten Anzeigen können ebenso gut durch eine mündliche oder schriftliche Mittheilung bewirkt werden. Entscheidend ist hier, ob die Klage dem Verpflichteten zugestellt worden ist.

Mit Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung hat der Entwurf bereits, wie oben mitgetheilt ist, eine Ausnahme zugelassen bei Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts, allerdings nur in dem beschränkten Umfange, daß die nachfolgende Klage innerhalb 6 Monaten von der Rechtskraft des Urtheils an bei dem zu-

ständigen Gerichte erhoben sein muß. Gegen diese Beschränkung ist eine Einwendung nicht zu erheben.*) Auch liegt kein Grund vor, die sonstigen sogenannten Prozeßvoraussetzungen der Zuständigkeit des Gerichts gleich zu stellen. Unter „Prozeßvoraussetzung" sind aber nach der Terminologie des Entwurfes die prozessualischen Erfordernisse der Klagerhebung einbegriffen. Die Unterbrechung der Verjährung wird also auch dann für immer beseitigt, wenn die Klage als an sich unstatthaft abgewiesen wird. Diese Bestimmung kann unseres Erachtens nicht aufrecht erhalten werden. Es ist unbegreiflich, aus welchem Grunde hier die bei Abweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts angewandte Milde versagt sein soll. Die Abweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts spricht aus, daß ein zur sachlichen Entscheidung überhaupt nicht befugter Richter angerufen ist; der angerufene Richter lehnt die Entscheidung für alle Zukunft ab. Bei mangelhafter Klagerhebung ist der an sich zuständige Richter nur durch die gegenwärtige prozessualische Sachlage an der Entscheidung verhindert; die Ablehnung der Entscheidung erfolgt hier nur zur Zeit. Dabei hat in dem letzteren Falle möglicherweise die klagende Partei jede zu erwartende Sorgfalt angewandt, mehr Sorgfalt vielleicht, als durch die Klagerhebung bei einem unzuständigen Gerichte bekundet sein mag. Die Mängel der Klagerhebung liegen ja häufig in der Verletzung von Zustellungsvorschriften, also in Umständen, die dem Verhalten der Partei zunächst gar nicht angerechnet werden können. Von derartigen Mängeln erhält die Partei erst Nachricht, nachdem sie eingetreten sind. Inzwischen ist aber die Verjährungsfrist vielleicht abgelaufen. Es erscheint als eine unabweisbare Forderung der Billigkeit, daß bei mangelhafter Klagerhebung mindestens in dem Umfange, in welchem es bei Abweisung wegen Unzuständigkeit vorgesehen ist, die Nachholung des Mangels gestattet wird.

---

*) Hölder, Archiv für civil. Praxis Bd. 73 Heft 1 S. 147 schlägt vor, daß in dem fraglichen Falle lediglich eine Sistirung der Verjährung von der Erhebung bis zur Abweisung der Klage statuirt werde; es bestehe kein Grund, durch Gewährung der sechsmonatigen Frist dem Berechtigten mehr Zeit zuzugestehen als diejenige, welche zur Zeit der ersten Klagerhebung noch fehlte.

Wir können uns diesem Vorschlage nicht anschließen; im Gegensatz zu der Anschauung, welche auch bei mangelhafter Klagerhebung eine unbedingte Unterbrechung der Verjährung eintreten läßt, vertritt unseres Erachtens der Entwurf eine durchaus gerechtfertigte Mittelmeinung.

Der Forderung ist genügt durch das sächsische Gesetzbuch § 166. Die Motive des Entwurfs verweisen daneben auf die uns nicht zugänglich gewesenen Gesetze für Württemberg Art. 6, Hessen Art. 24, Bremen § 7, Dresdener Entwurf Art. 414, schweiz. Gesetz über das Obligationenrecht Art. 158. In der gemeinrechtlichen Praxis macht sich die entschiedene Neigung geltend, der mangelhaften Klage eine die Unterbrechung der Verjährung unbedingt herbeiführende Wirkung zuzuschreiben. (Vergl. Seuffert, Archiv Bd. VI Nr. 133, Bd. IX Nr. 250, Bd. 20 Nr. 101 und R. G. E. Bd. V S. 122.) Alle diese Erkenntnisse erachten unter Berufung auf Const. 3 Cod. 7. 40 für ausschlaggebend, daß auch bei mangelhafter Klagerhebung auf der Seite des Klägers der Vorwurf der Saumseligkeit beseitigt werde. Um so gewichtiger erscheint diese Praxis, als andererseits der Klagerhebung bei einem unzuständigen Gerichte die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung abgesprochen wird. (Vergl. Seuffert Archiv XI Nr. 7).

Derselbe Billigkeitsgrund, welcher bei der Unterbrechung der Verjährung unsere Regel durchbricht, verdient — was vom Entwurfe völlig übersehen wird — eine entsprechende Berücksichtigung in solchen Verhältnissen, in denen ein Anspruch dadurch bedingt ist, daß derselbe innerhalb einer bestimmten Frist gerichtlich geltend gemacht wird. Wir denken dabei vorzugsweise an die Fristen, durch welche die Zulässigkeit des Rechtsweges beschränkt wird, sowie an die Fristen der K. O. §§ 24 Nr. 2, 25 Nr. 1 und 2 und des Reichsgesetzes, betr. die Anfechtung ꝛc. vom 21. Juli 1879, falls man letztere nicht etwa schon als Verjährungsfristen ansehen will. Aus dem Entwurfe wäre hierher zu rechnen der § 1430 Abs. 2. —

Genehmigt man die vorstehend erörterten Ausnahmen bei Abweisung einer prozessualisch mangelhaften Klage durch gerichtliches Urtheil, so wird man sich der Prüfung der Frage nicht entziehen können, ob nicht die Gründe der Ausnahmen ebenfalls zutreffen, wenn die Klage zurückgenommen wird. Für die Bejahung dieser Frage spricht unseres Erachtens die Rechtslogik und das Bedürfniß der Praxis. Wenn der Kläger sich nach Zustellung der Klage überzeugt, daß die Erhebung der Klage nicht ordnungsmäßig bewirkt oder daß ein unzuständiges Gericht angerufen ist, so darf ihm das Recht nicht versagt sein, ohne Beeinträchtigung seiner materiell-rechtlichen Lage die Klage zurück zu nehmen. Widersinnig wäre ein Rechtsstreit, der von der klagenden Seite nur aus dem Grunde fortgesetzt

werden muß, um ein aller Voraussicht nach ungünstiges Urtheil zu erwirken. —

Das sind hinsichtlich der besprochenen Materie im wesentlichen diejenigen Richtungen, in denen nach unserem Dafürhalten der Entwurf einer nochmaligen Prüfung unterzogen werden könnte. In der jetzigen Redaktion wären dieselben etwa folgendermaßen zum Ausdruck zu bringen:

I. Die Bestimmung wegen der Prozeßzinsen wäre hinter dem § 243 einzuschieben.

II. Was die Dauer der Rechtshängigkeitswirkungen anbetrifft, so würde der Abschnitt 9 des Allgemeinen Theiles die Ueberschrift empfangen:

„Streitbeginn und Urtheil."

Vor dem jetzigen § 190 wäre ein besonderer Paragraph einzuschieben etwa mit folgendem Wortlaut:

„Die an die Klagerhebung oder den Eintritt der Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen werden, insoweit nicht aus diesem Gesetze sich ein Anderes ergiebt, mit rückwirkender Kraft wieder aufgelöst, wenn der Kläger die Klage zurücknimmt oder wenn die Klage als an sich unstatthaft oder wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird.

Diese Bestimmung findet in den Fällen der §§ 245, 402, 938 Abs. 2 des Gesetzes keine Anwendung.

Die §§ 637, 640, 641 der R. C. P. O. bleiben unberührt."

Unter den Ausnahmen ist der § 245 mit angeführt, obwohl der Verzug keine nothwendige Wirkung des Streitbeginnes ist. Fehlte aber die Bezugnahme, so könnten Zweifel darüber bestehen, wie jener Fall zu behandeln wäre.

Mit Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung wäre der jetzige erste Absatz des § 171 zu streichen, weil sein Inhalt durch obige Regel gedeckt wird.

Statt dessen wäre mit den Worten zu beginnen:

„Nimmt der Berechtigte die Klage zurück oder wird die Klage als an sich unstatthaft oder wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen, so gilt die Verjährung als durch die erste Klagerhebung unterbrochen, wenn von dem Berechtigten innerhalb 6 Monaten nach der Zurücknahme oder nach der Rechtskraft des Urtheils in statthafter Weise bei dem zuständigen Gerichte neue Klage erhoben wird."

Der übrige Inhalt des Paragraphen wird durch unsere Untersuchung nicht berührt. Der § 172 des Entwurfs wäre dagegen im Hinblick auf den oben vorgeschlagenen Regelparagraphen vollständig zu streichen.

Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung auf Ausschlußfristen würde endlich durch einen einfachen Hinweis auf § 171 Abs. 1 etwa in dem 6. Abschnitt des Allgemeinen Theiles „Zeitbestimmungen" genügend zum Ausdruck gebracht werden können.

Zu § 293 bis 313 des Entwurfs (Uebertragung der Forderung).

Von Rechtsanwalt Dr. **Martinius** in Erfurt.

Zu § 293, 294.

Indem der Entwurf sich prinzipiell für die Zulässigkeit der Sondernachfolge in eine Forderung erklärt und die Wirkung des Ueberganges der Forderung an den Abtretungsvertrag knüpft, sofern nicht die Uebertragung auf Grund des Gesetzes oder gerichtlicher Anordnung in Frage kommt, steht er auf dem Standpunkte der modernen Rechtswissenschaft und der meisten neueren Codifikationen, den man schwerlich aufgeben wird. Es könnte höchstens die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht etwa wünschenswerth sei, für den Abtretungsvertrag eine besondere Form vorzuschreiben oder die Wirkung des Gläubigerwechsels erst an das Hinzutreten eines weiteren äußerlichen Moments, der Denunziation, zu knüpfen. Eine besondere Form für den Abtretungsvertrag würde man nur dann vorschreiben können, wenn man den prinzipiellen Standpunkt des Entwurfs in Betreff der Formfreiheit fallen ließe. Daran ist nicht zu denken. Durch die Anknüpfung des Ueberganges der Forderung an die Denunziation aber würden für den Verkehr unerträgliche Schwierigkeiten erzeugt. Der einfache und für die Grundlehren eines Rechtsbuches deshalb so annehmbare Parallelismus zwischen Tradition und Cession ginge verloren. Bei der cessio legis müßte man den Gläubigerwechsel gleichwohl ohne Denunziation vor sich gehen lassen oder den Uebergang der Forderungen unmittelbar kraft des Gesetzes Preis geben. Bei Uebertragung von Rechten im Sinne des § 312 des Entwurfs, wie der Urheberrechte u. s. w. müßte man von der Denunziation gleichfalls so wie so absehen, weil

hier der Schuldner, dem der Uebergang des Rechts durch die Denunziation publizirt werden sollte, fehlt. Es kommt hinzu, daß erfahrungsmäßig bisher Vorschriften, analog denen in § 303 fg. des Entwurfs dem Interesse des cessus und der allgemeinen Rechtssicherheit genügten. Wenn der Entwurf in den § 303 fg. auf die Kenntniß des Schuldners von der Uebertragung das entscheidende Gewicht legt, statt an eine formale Denunziation anzuknüpfen, so bedeutet das einen nur zu billigenden Fortschritt. Dem Entwurfe steht auch hier Treue und Glauben im Verkehre höher als ein ungesunder Formalismus (vergl. auch l. 17 Dig. 2, 15). Das Interesse des neuen Gläubigers wird von selbst dazu führen, daß in der Regel der Schuldner durch Anzeige des bisherigen Gläubigers oder Vorlegung einer Abtretungsurkunde von dem Forderungs-Uebergang ausreichend sichere Kenntniß baldigst erhält.

Für die Begründung des Nießbrauchs an Forderungen erklärt der Entwurf im § 1023 die Vorschriften für entsprechend anwendbar, welche im Falle der Uebertragung der Forderung gelten (vergl. noch § 312, 1039, 313). Zur Verpfändung einer Forderung, zu deren Veräußerung der Abtretungsvertrag genügt, ist dagegen nach § 1211 außer dem Pfandvertrage erforderlich, daß die Verpfändung von dem Verpfänder dem Schuldner angezeigt wird. Auf den ersten Blick befremdet, daß die Entstehung des Pfandrechts hier an die Denunziation geknüpft wird. Während die Forderung in ihrer Totalität durch den Abtretungsvertrag übergeht, wird für die Uebertragung der geringeren Befugnisse, welche das Pfandrecht gewährt, eine erschwerte Form eingeführt. Wir werden richtiger sagen müssen: „beibehalten". Denn überall hat das Interesse des Publikums an der Kundbarmachung des Pfandrechts an Forderungen zu besonderen, die Bestellung erschwerenden Vorschriften geführt. Dieselben sind unentbehrlich zur Bekämpfung einer unsoliden Geschäftsgebahrung. In ganz analoger Weise hat man das constitutum possessorium als unentbehrlich für den Verkehr bei Uebertragung des Eigenthums und des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache beibehalten, während seine Anwendbarkeit bei Begründung des beschränkteren Pfandrechts an einer beweglichen Sache ausgeschlossen ist (vergl. § 805, 983 Abs. 2, 1147 Abs. 2, 1152). Nun ist ja zuzugeben, daß auch mit der Abtretung von Forderungen gleichwie mit deren Verpfändung ein die Interessen der Allgemeinheit gefährdender Mißbrauch getrieben werden kann. Z. B. es fällt Jemand in Konkurs. Dabei stellt sich

heraus, daß er seine Außenstände längst durch Vertrag einem Dritten abgetreten hat. Die Schuldner haben noch keine Kenntniß. Gleichwohl gehören die Außenstände nicht zur Masse. Sollte man deshalb die Uebertragung der Forderungen ganz allgemein erschweren? Das geht nicht an. Im unsoliden Verkehr wird stets die Verpfändung eine größere Rolle spielen, als die Abtretung des Eigenthums an Sachen und die Abtretung von Forderungen in ihrer Totalität, und die größere Gefahr, welche in der Möglichkeit häufigeren Mißbrauchs liegt, erheischt nur beim Pfandrechte Vorschriften, welche die Bestellung erschweren. Wollte man ein Uebriges thun, um die unbequemen Folgen, welche die Anknüpfung des Forderungsüberganges an den Abtretungsvertrag ohne Hinzutritt eines weiteren, eine gewisse Publizität verbürgenden Momentes im Konkursfalle äußern kann, abzulehnen, so könnte dies nur durch eine Bestimmung in der Konkursordnung geschehen, wonach Abtretungsverträge die Vermuthung der Absicht der Gläubiger-Benachtheiligung gegen sich hätten, wenn sie nicht dem Schuldner in der vorkritischen Zeit bekannt geworden sind. Daß in der Praxis sich ein dahin gehendes Bedürfniß fühlbar gemacht hätte, können wir, aus unserer Erfahrung wenigstens, nicht bestätigen. Daß im § 1211 der Anzeige des Verpfänders von der Verpfändung der Forderung nicht die Vorlegung einer dem § 306 Abs. 2 entsprechenden Urkunde durch den Pfandgläubiger gleichgestellt ist, nimmt Wunder. Näher darauf einzugehen, ist hier nicht der Ort.

Da die Pfändung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 730 Abs. 3 der Civilprozeßordnung mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner als bewirkt anzusehen ist, so liegt eine unverkennbare Konzinnität der Vorschriften des Entwurfs und der Prozeßordnung über die Entstehung des Pfandrechts an Forderungen durch Vertrag und in Folge gerichtlicher Anordnung vor. Wenn nun aber der Absatz 3 des § 294 die Wirkung der Uebertragung einer Forderung bei der Ueberweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung an die Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner knüpft, so scheint dieser Absatz mehr auf eine Uebereinstimmung mit dem § 730 der Civilprozeßordnung abzuzielen, als das Prinzip, das kurz vorher der Absatz 2 des § 294 ausgedrückt hat, im Auge zu behalten. Man könnte gerade durch die Stellung der beiden Absätze dazu geführt werden, es für wünschenswerth zu erklären, die Uebertragung der Forderung an die Vollziehung des Ueberweisungsbeschlusses durch

den Richter oder doch die Zustellung desselben an einen der Betheiligten, sei es den neuen Gläubiger oder den Drittschuldner zu knüpfen. Man muß sich aber gegenwärtig halten, daß die Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses sich hier nicht als ein Moment darstellt, das wie die Denunziation dem Uebertragungsakte hinzuzutreten hätte. Es handelt sich blos um das Hervortreten des richterlichen Willens, welcher den Willen des bisherigen Gläubigers ersetzt, in die äußere Erscheinung, und es ist rein zufällig, daß dieses Hervortreten regelmäßig mit der in der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses liegenden Benachrichtigung des Drittschuldners zusammenfällt. Bedenkt man noch, wie bedeutungslos praktisch bei der Ueberweisung einer Forderung, die an eine vorherige Pfändung stets anknüpft, der Moment des Ueberganges des vollen Gläubigerrechts in der Regel ist, wie erwünscht andererseits die Einheit in der Regelung der Pfändung und Ueberweisung von Forderungen im Zwangsvollstreckungsverfahren sein muß, so wird man die Stellungnahme des Entwurfs entschieden billigen, so sehr zunächst die Vorschrift des Absatz 3 im unmittelbaren Anschluß an den Absatz 2 des § 294 überrascht.

Der Grundsatz der Formfreiheit des Abtretungsvertrages trifft, soweit nicht für die Abtretung gewisser Forderungen, insbesondere derjenigen, für welche eine Hypothek bestellt ist, Ausnahmen bestimmt sind, auch diejenigen Abtretungsverträge, bei denen es sich um Abtretung von Forderungen aus Verträgen handelt, welche einer besonderen Form nach dem Gesetz unterliegen. Insofern die vorgeschriebene Form nur für den Schuldner berechnet war, wie beim Schenkungsvertrag für den Schenker, um ihn vor Uebereilung zu schützen, beim Schuldbekenntniß oder Schuldversprechen ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes, gewissermaßen um durch die Form einen materiellen Mangel zu decken (§ 440, 683), so hat es nichts Befremdendes, wenn der Abtretungsvertrag, den der Gläubiger (z. B. der Beschenkte) mit einem Dritten schließt, einer besonderen Form nicht unterworfen wird. Des Schutzes, den die Formvorschrift bei Abschluß des ursprünglichen Vertrages dem Schuldner angedeihen ließ, bedarf es bei der Abtretung der Forderung aus einem solchen Vertrage nicht mehr. Anders liegt jedoch die Sache bei den Abtretungsverträgen, welche an Verträge anknüpfen, durch welche Jemand sich zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke verpflichtete, oder an einen Vertrag, durch welchen Jemand sein ganzes gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil desselben einem Anderen zu übertragen

oder einen Nießbrauch daran zu bestellen versprach. Für beide Arten von Verträgen ist die gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben und hier trifft die Formvorschrift den ganzen Vertrag, so daß beide Theile ihre Erklärung in der vorgeschriebenen Form bei Strafe der Nichtigkeit des Geschäfts abzugeben haben. (§ 351, 350, 91.) Die erschwerende Form der Grundstücks-Veräußerungsverträge beruht auf der Rücksichtnahme, welche die soziale Bedeutung der Stabilität des Grundbesitzes erheischt, und dem richtigen Verständnisse des Einflusses, den ein solcher Veräußerungsvertrag häufig auf eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen ausübt. Bei der Veräußerung eines ganzen gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchtheils desselben, bei dem zumeist Grundbesitz eine Rolle mitspielen wird, ist neben diesen Gesichtspunkten die Inhaltschwere des ganzen Geschäfts sowie der Schutz des Veräußerers gegen Uebereilungen von Bedeutung. An die Verträge über ein ganzes Vermögen oder einen Bruchtheil desselben werden Abtretungsverträge im Allgemeinen seltener sich anschließen, weil der Erwerber oft persönliche Leistungen übernehmen wird, welche die Abtretung unmöglich machen, aber die Abtretung der Rechte aus Grundstückskäufen ist nicht so selten, als daß sie nicht eine gewisse Beachtung erheischte. Dieselben Rücksichten, welche die Aufstellung einer Formvorschrift für den Urvertrag nahe legten, scheinen die Aufstellung einer analogen Formvorschrift für den Abtretungsvertrag zu fordern, etwa dahin gehend:

> „Die Abtretung von Forderungen aus Verträgen, deren Gültigkeit von der Beobachtung einer besonderen Form durch beide Vertragschließenden abhängt, bedarf derselben Form."

Natürlich darf die Formvorschrift nur den Abtretungsvertrag selbst treffen, nicht etwa den ihm als causa der Abtretung voraufgehenden Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger. Auch erscheint es nicht geboten, den Erlaßvertrag (§ 290) in gleicher Weise zu erschweren und etwa im Allgemeinen Theil des Gesetzbuchs eine generelle Vorschrift einzuschalten.

Wird der Entwurf nicht in der gedachten Richtung ergänzt, so ist dies sicher kein Unglück. Denn ohne besondere Vorschrift wird man von selbst geneigt sein, den Abtretungsvertrag der Form des Urvertrags anzupassen.

Wegen der Abtretung der Rechte aus schriftlichen Anweisungen kann auf die Motive zu § 613 unter 7 verwiesen werden. Hat der Angewiesene dem Anweisungsempfänger gegenüber die Anweisung

schriftlich angenommen, und überträgt letzterer durch einen Abtretungsvertrag sein Recht auf einen Anderen (§ 607), so entspricht die Rechtslage dem obengedachten Schenkungsversprechen oder einer sog. cautio indiscreta. Freilich scheint hier die den Anweisungsverkehr beherrschende Maxime der Schriftlichkeit kräftiger zur Schriftform auch für den Abtretungsvertrag zu drängen, indessen wird auch hier die Praxis ohne gesetzgeberischen Zwang den Weg der Schriftlichkeit von selbst einschlagen.

Eine besondere Vorschrift über die Zulässigkeit von Theilcessionen zu geben, hat der Entwurf für entbehrlich erachtet. Aus § 1122 ergiebt sich, daß der Entwurf von der unbeschränkten Zulässigkeit der Theilcessionen bei Theilbarkeit der Leistung ausgeht. In dem § 228, welcher den Schuldner als zu Theilleistungen nicht berechtigt erklärt, liegt indirekt eine Anerkennung des Grundsatzes, daß der Gläubiger Theilleistungen fordern kann und deshalb auch für befugt erachtet werden muß, Theile seiner Forderung auf Andere zu übertragen, immer vorausgesetzt, daß die Forderung an sich vermöge ihres Inhaltes theilbar ist. Es erscheint in Folge dessen thatsächlich nicht nöthig, die Zulässigkeit einer Theilcession besonders auszusprechen. Daß die Theilcession gewisse Erschwerungen für den Schuldner zur Folge haben kann, ist nicht zu verkennen. Er muß 10 Gläubigern kündigen, statt einem; in Folge der Kündigung einer Theilhypothek kann er keinen neuen Darleiher finden, während es bei Kündigung der ganzen Post wohl möglich wäre. Dies muß man in den Kauf nehmen und sich mit dem minima non curat praetor abfinden. Jede Cession, auch wenn es sich um keine Theilcession handelt, bringt schon eine gewisse Unbequemlichkeit mit sich durch die Nothwendigkeit für den Schuldner, sich mit einem neuen Gläubiger benehmen zu müssen, seine prozessuale Lage im Punkte der Beweislast verschlechtert sich u. s. w. Das sind Dinge, die man sich gefallen lassen muß, wenn man im Verkehrsinteresse das Prinzip der Cessionsfreiheit zu proklamiren für nöthig befindet. Und daß man dies muß, bedarf nicht des Beweises. Liegt doch die Sache bei der Vererbung von Forderungen (vergl. § 2051) ganz ebenso. Wollte man den Grundsatz aufstellen, daß bei der Cession die Lage des Schuldners nicht verschlimmert werden dürfe, so könnte dies nur mit der Beschränkung geschehen, „nicht mehr als bei Beerbung des Gläubigers“. Man könnte daran denken, für Theilcessionen von Darlehns-Forderungen und Grundschulden dem Theilgläubiger, der allein seine Theilpost

aufkündigt, die Innehaltung einer doppelten Kündigungsfrist aufzunöthigen, um den Schuldner zu ermöglichen, durch rechtzeitige Aufkündigung der übrigen Theilposten die Schwierigkeiten seiner Lage einigermaßen aus dem Wege zu räumen. Indessen dürfte die Sache praktisch doch nicht von der Bedeutung sein, um ein positives gesetzgeberisches Eingreifen zu rechtfertigen. Aus der Praxis ist uns wenigstens nicht erinnerlich, daß ein Zurückgehen auf die diesem Zweck dienende Preußische Verordnung vom 8. Februar 1811 erforderlich gewesen wäre, und wenn einmal ein positiver Eingriff durch die Gesetzgebung angezeigt wäre, so müßte er natürlich auch die in Folge Erbanfalles getheilten Forderungen mitergreifen.

Zu § 295.

Der Absatz 1 dieses Paragraphen erklärt für nicht übertragbar alle Forderungen, welche von einer nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers abhängen, oder bei denen die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht möglich ist, oder deren Inhalt durch die Leistung an einen anderen Gläubiger verändert werden würde.

Trotz der, man möchte sagen, peinlichen Fassung dieses Absatzes, welche offenbar darauf abzielt, alle höchstpersönlichen Forderungen sicher zu treffen, bleiben im Einzelnen doch mannigfache Zweifel in Betreff der Uebertragbarkeit gewisser Forderungen bestehen. Ganz natürlich, denn es ist sehr häufig aus der Natur des Vertrages allein schwer zu entscheiden, ob die Berechtigung mit einer bestimmten Person untrennbar verknüpft sein soll. Man vergleiche nun die verschiedenartige Auffassung des gemeinen und des preußischen Rechts in Betreff der Untermiethe. Jenes hält das gegen Entgelt eingeräumte Recht auf den Gebrauch einer Sache für ein keineswegs an die Person geknüpftes Recht, das preußische Allgemeine Landrecht steht auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Es ist im vollsten Maße anzuerkennen, daß die Verfasser des Entwurfs bei Behandlung der einzelnen Rechtsinstitute sich stets die Frage nach der Uebertragbarkeit gegenwärtig hielten und entstehende Zweifel durch Spezialbestimmungen beseitigten. Es genügt auf § 486, welcher das Vorkaufsrecht für nicht übertragbar erklärt, die Motive zu § 476, 477 Bd. II S. 341, wonach die Uebertragbarkeit des Wiederkaufsrecht durch den Entwurf nicht ausgeschlossen werden soll, § 516 in Betreff der Miethe, § 552 in Betreff der Leihe, § 644 in

Betreff der Forderungen aus dem Gesellschaftsvertrage zu verweisen. Die Frage nach der Uebertragbarkeit des Nießbrauchs ist besonders geordnet (§ 1011 fg.). Ebenso ist eine besondere Vorschrift für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten getroffen (§ 1047). Bei der Verschiedenartigkeit der Dienstverträge war die Aufstellung einer Spezialvorschrift unmöglich. Hier gerade wird vorzugsweise ein Zurückgehen auf die Regel des § 295 Absatz 1 sich als nothwendig erweisen, da im einzelnen Falle zu entscheiden ist, ob die Leistung des Uebernehmers an die Person des Bestellers geknüpft ist oder nicht. Ebenso bei der Werkverdingung. Daß der Anspruch aus dem pactum de mutuo dando nicht cessibel, kann aus § 458 zuverlässig hergeleitet werden. Für Alimentenforderungen bedurfte es einer besonderen gesetzlichen Vorschrift nicht. Je nach ihrer Natur greift die Regel des Absatz 1 Platz oder nicht (Entsch. des Reichsgerichts Bd. 4 S. 144). Es würde zu weit führen, wollte man die Sache noch weiter in's Einzelne verfolgen; doch darf nicht unbemerkt bleiben, daß die Frage der Uebertragbarkeit und der Pfändbarkeit des Pflichttheilsanspruchs durch § 1992 eine höchst sachgemäße Regelung erfahren hat. Nur eine Kleinigkeit ist dort offenbar übersehen. Nach der Fassung des § 1992 ist der Pflichttheilsanspruch unbedingt pfändbar, nicht bloß wenn er einmal übertragen ist und der Berechtigte ihm seinen persönlichen Charakter abgestreift hat, sondern auch, wenn er bloß vom Pflichttheilsberechtigten vererbt ist. Es müßte aber den Erben des Pflichttheilsberechtigten aus denselben Gründen wie ihm selbst gestattet bleiben, sich der Geltendmachung der Anspruchs zu enthalten. Wir würden im Absatz 2 Satz 2 des § 1992 hinter Pflichttheilsberechtigten die beiden ersten Male einschalten „oder dessen Erben" und hinter das Vermögen des Pflichttheilsberechtigten „oder dessen Nachlaß".

Den im Absatz 2 des § 295 aufgestellten Grundsatz, daß durch Rechtsgeschäft nicht die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte soll ausgeschlossen werden können, muß man nach den in den Motiven entwickelten Gründen billigen. Eine Ausnahme von der Regel bietet der § 516 (vergl. § 533). Das Recht aus Miethe und Pacht (abgesehen von Theilpacht) ist zwar im Allgemeinen übertragbar, doch soll durch Vertrag die Uebertragbarkeit ausgeschlossen werden können. Bedenken gegen die Zulassung der Ausnahme haben wir nicht. Dagegen möchte sich vielleicht mit Rücksicht auf § 796, der einen entsprechenden Satz für das Sachenrecht bringt und § 107

Absatz 2 der Zusatz zu Absatz 2 des § 295 empfehlen, „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt".

Es genügt der Hinweis darauf, daß auch Forderungen der Lehns- und Fideikommißeigenschaft theilhaftig werden können und daß zwar die Beschränkung des Inhabers der Forderung in solchen Fällen durch das Gesetz normirt wird, daß aber die Beschränkung selbst vom Gesetze an das Vorhandensein eines gewissen auf Rechtsgeschäft beruhenden Rechtsverhältnisses geknüpft wird. (Vergl. Motive zu § 837 III S. 218, 219). Jedenfalls ist die Klausel hier ebenso gerechtfertigt wie in § 796 oder an beiden Stellen entbehrlich.

Bei der Deutlichkeit, mit der das den Entwurf beherrschende Prinzip zu Tage tritt, erweist sich eine Bestimmung nach der Richtung, daß auch die partielle Uebertragung der im Forderungsrechte liegenden Befugnisse durch Bestellung von Nießbrauch und Pfand an der Forderung durch Vertrag mit der Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden könne, als unnöthig.

Die Tragweite des Absatz 2 ist selbstverständlich nicht gering zu schätzen. Keine Forderung, die es nicht nach der Natur der Sache (Absatz 1) oder kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift ist, läßt sich mit Rechtswirkung gegen Dritte zu einer höchstpersönlichen stempeln; z. B. kann das Wiederkaufsrecht fortan, da es prinzipiell übertragbar ist, nicht mit Wirkung gegen Dritte an die Person gebunden werden. Es befremdet dies namentlich da, wo es sich um Ausschluß der Uebertragung von Rechten aus wechselseitigen Verträgen mit gleichwerthiger Gegenleistung handelt. Hier ist die Gefahr, welcher der Absatz 2 vorbeugen soll, kaum vorhanden.

Es hätte vielleicht genügt, die Pfändbarkeit beziehungsweise Uebertragbarkeit im Wege der Zwangsvollstreckung festzusetzen, wo die Uebertragbarkeit durch besonderen Vertrag ausgeschlossen wurde, ein Ausweg, den die Motive ohne nähere Begründung einfach von der Hand weisen, aber eine positive Amendirung des Entwurfs nach dieser Richtung zu fordern, scheint uns der Anlaß nicht dringend genug.

Zu § 296.

Gegen das Prinzip des § 296, welcher die nach der Prozeßordnung unpfändbaren Forderungen für nicht übertragbar erklärt und umgekehrt auch die vom Gesetz für unübertragbar erklärten Forderungen der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung entzieht, wird man kaum etwas zu erinnern finden. Vielleicht empfiehlt sich

jedoch eine Verallgemeinerung der Fassung in einem dermaßen grundlegenden Gesetzbuche, wie es das bürgerliche Gesetzbuch ist, etwa in der Weise:

„Sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, kann eine Forderung, die oder insoweit sie der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung unterworfen ist, auch nicht übertragen werden.

Ebenso ist eine Forderung, welche nicht übertragen werden kann, der Pfändung nicht unterworfen, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt."

Durch diese Verallgemeinerung würde für die Gestaltung künftiger Spezialgesetze ein bequemes Grundgesetz erzielt, so daß es neben dem grundsätzlichen Ausspruche der Nichtübertragbarkeit oder Unpfändbarkeit gewisser Forderungen im Einzelnen bloß der Angabe etwaiger Abweichungen bedarf (vergl. § 56 Gesetz, betreffend die Krankenversicherung vom 15./6. 1883 und § 68 Unfallversicherungsgesetz vom 6./7. 1884).

Entsprechend wäre alsdann, wenn die vorgeschlagene redaktionelle Aenderung als Verbesserung gelten darf, § 288 dahin zu fassen:

„Die Aufrechnung findet gegen Forderungen nicht statt, insoweit sie der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind."

In § 724 Absatz 3 könnte der Satz „und eine Aufrechnung gegen ihn nicht statthaft" entbehrt werden, § 728 bedürfte keines Zusatzes wegen Ausschließung der Aufrechnung. In § 1339 Absatz 3 könnte wegfallen „und eine Aufrechnung gegen ihn ist nicht statthaft", in § 1458 Absatz 2 desgleichen.

Mit Recht hat der Entwurf die alten gemeinrechtlichen Beschränkungen der Cessibilität aus Rücksicht auf die Persönlichkeit des Cessionars, z. B. das Verbot der cessio ad potentiorum, an den Vormund u. s. w., im Anschluß an die modernen Codifikationen aufgegeben. Damit fällt dann auch das preußisch-rechtliche Verbot der Cession bestrittener Rechte an Richter und Anwälte, die an dem Gerichte fungiren, vor dessen Forum der Prozeß gehört, hinweg (vergl. § 385 flg., I 11 Allg. Landrechts). Die Disziplinargewalt und das prozessualische Ablehnungsrecht genügen zur Fernhaltung etwaiger Mißbräuche.

Zu § 297.

Mit den Verfassern des Entwurfes wird man anerkennen müssen,

daß es in der That Bedürfniß ist, durch ausdrückliche Vorschrift die Frage zu regeln, ob bei Abtretung einer Forderung das ihr für den Fall eines Konkurses über das Vermögen des Schuldners zugesicherte **Vorzugsrecht** auf den Erwerber mit übergeht, wenn der Erwerb vor Ausbruch des Konkurses erfolgt (vergl. Bd. 3 S. 41 der Entscheidungen des Reichsgerichts). Indem das bürgerliche Gesetzbuch das fragliche Vorzugsrecht auf den Erwerber mitübergehen läßt, stellt es sich in dem Streite der Meinungen, welcher durch die Wissenschaft noch nicht abgeschlossen ist, auf den Standpunkt, daß der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung im Falle des Konkurses ein von vornherein der Forderung anklebendes, nur bei einer gewissen Gelegenheit zur Erscheinung gelangendes Recht, keine bloße Erwartung ist. Eine bloße Erwartung, die ihren Grund in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers hat, könnte sich allerdings in der Person seines Cessionars, dem diese Eigenschaft abgeht, nicht realisiren (vergl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II § 332 bei Note 10). Dieselben Gesichtspunkte, welche dazu führten, im Konkurse bestimmten Forderungen Vorzugsrechte überhaupt beizulegen, mußten auch dazu führen, zum Erwerbe solcher Forderungen durch eine dem Erwerber zu gebende Zusicherung des Fortbestandes jenes Vorzugsrechts nach dem Erwerbe anzuregen.

Nun kommen aber dergleichen Vorzugsrechte nicht blos im Konkurse, sondern auch im Zwangsversteigerungs-Verfahren (vergl. § 24 flg. preuß. Gesetz vom 13. Juli 1883) und bei Bezahlung von Nachlaßschulden durch den Vorbehaltserben bei Unzulänglichkeit der Nachlaßmasse (vergl. § 2133) in Betracht. Daß im letzteren Falle das Vorrecht des Erwerbers ebenso sich geltend macht, wie beim Konkurse, ist nach § 297 und 2133 selbstverständlich. Man kann aber im Hinblick auf den unverkennbar dem § 297 zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken auch darüber nicht zweifelhaft sein, daß der Erwerber einer im Zwangsversteigerungs-Verfahren bevorrechtigten Forderung das Vorrecht bei der Zwangsversteigerung geltend zu machen befugt sein soll, gleichviel ob der Erwerb in die Zeit vor oder nach Einleitung der Zwangsversteigerung fällt. Will man dies jedoch durch das Gesetz selbst zum Ausdruck bringen, so wäre § 297 etwa so zu fassen:

> „Mit Uebertragung der Forderung gehen die mit dieser zur Zeit der Uebertragung verbundenen Vorzugsrechte auf den neuen Gläubiger über, die im Falle eines Konkurses über

das Vermögen des Schuldners oder der Zwangsversteigerung eines Grundstückes zur Geltung kommenden auch alsdann, wenn der Konkurs noch nicht eröffnet und die Zwangsversteigerung noch nicht eingeleitet ist."

Der Entwurf enthält sich einer Entscheidung darüber, ob der neue Gläubiger auch die ihm aus seiner Person ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Forderung zustehenden Vorrechte in Ansehung der übertragenen Forderung geltend machen könne oder nicht. Aus dem Prinzipe der Sondernachfolge, zu dem sich der Entwurf bekennt, und aus dem Fehlen eines Satzes, wonach durch die Uebertragung der Forderung die Lage des Schuldners nicht verschlechtert werden dürfe, muß die Frage unbedingt bejaht werden. Geht die Forderung auf den neuen Gläubiger mit den ihr anhaftenden Vorzügen und Mängeln über, so ist sie doch fortan eine eigene Forderung des neuen Gläubigers und als solche gewiß nicht bloß hinsichtlich der Einreden zu behandeln (vergl. Windscheid a. a. O. Bd. II § 332 bei Note 12).

Es ist mit den Motiven anzuerkennen, daß die Frage keine sehr erhebliche praktische Tragweite hat. Sie kann indessen beispielsweise praktisch werden, wenn den Kindern oder Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners Forderungen an denselben abgetreten werden (vergl. § 54 Ziffer 5 der Konkursordnung; Entscheidungen des Preußischen Obertribunals Bd. 55 S. 268). Windscheid, der im Allgemeinen für das gemeine Recht den diesseitigen Standpunkt vertritt, will das Vorrecht aus der Person des Erwerbers cessiren lassen, wenn die Uebertragung in böswilliger Absicht zu dem Ende geschehen ist, um die Stelle des Schuldners zu erschweren (a. a. O. bei Note 13). Diese Auffassung ist willkürlich. So lassen sich unbequeme Konsequenzen eines Rechtssatzes nicht einfach abweisen (vergl. Motive II S. 130 unten zu einer ähnlichen Rechtsfrage). Es könnte die unbequeme Konsequenz bloß den Gedanken nahe legen, bei Revision der Konkursordnung eine den §§ 42, 48 Ziffer 3, 49 derselben entsprechende Bestimmung zu treffen. Es ist ein Unterschied, ob eine Forderung etwa 10 Jahre vor Ausbruch des Konkurses den Kindern des Gemeinschuldners abgetreten wurde, oder ob dies geschah, als der Gläubiger, etwa der Großvater der Kinder, Kenntniß von der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners hatte. Es dürfte überhaupt in Erwägung zu nehmen sein, ob der gesetzgeberische Gedanke, auf dem die §§ 42, 48 Ziffer 3 und 49 der Konkursordnung beruhen, nicht des weiteren Ausbaues bedürfe. Es

handelt sich überall um Geltendmachung des Konkursanspruches der Gesammtgläubigerschaft gegenüber fraudulosen Rechtshandlungen, bei denen der Gemeinschuldner nicht particeps fraudis ist und bei denen deshalb die allgemeinen Paulianischen Anfechtungsgrundsätze nicht durchschlagen. Der wichtigste hierher gehörige Fall, der unseres Erachtens der gesetzgeberischen Inangriffnahme dringend bedarf: ist folgender: Wie die tägliche Erfahrung lehrt, drängen sich im letzten Momente vor Ausbruch eines Konkurses einfache Konkursgläubiger an einen durch Kautionshypothek gedeckten Gläubiger (z. B. das Bankhaus, mit dem der Gemeinschuldner arbeitet) und treten diesem, unter Uebernahme der Gewähr für einen etwaigen Ausfall, ihre Forderungen ab, vorausgesetzt, daß die Kaution noch nicht völlig erschöpft ist. Ergiebt die Kautionshypothek volle Deckung, so erhalten die betreffenden Gläubiger gleichfalls volle Befriedigung, höchstens unter Abzug einer anständigen Provision, während andere Gläubiger sich mit der kärglichen Dividende begnügen müssen. Nach Lage der Gesetzgebung kann jenem dem Konkurszwecke gefährlichen Gebahren wirksam nicht entgegengetreten werden.

Was die Nebenrechte der übertragenen Forderung anbetrifft, so enthält sich der Entwurf mit Recht einer besonderen Vorschrift wegen der Behandlung fälliger Zinsen und Konventionalstrafen. Man wird mit dem Satz 2 des § 397 ebenso gut auskommen, wie mit dem § 402 I, 11 des Preußischen Allgemeinen Landrechts, der die Regelung gleichfalls der Auslegung der Verträge beziehungsweise der Wissenschaft überließ.

Es würde zu weit führen, wollten wir hier näher auf die Vorschriften in Betreff der Uebertragung einer durch Hypothek gesicherten Forderung eingehen. Der Entwurf läßt der persönlichen Klage gegenüber Einreden zu, welche der Hypothekenklage gegenüber unzulässig sind (§ 1089 und Motive dazu unter 2). Man hat unseres Erachtens mit Recht den gewaltigen Bruch mit dem ganzen Obligationenrechte gescheut, der darin gelegen hätte, wenn man das Einrederecht für die dingliche und persönliche Klage dem Cessionar gegenüber gleichmäßig beschränkt hätte. Alsdann hätte man sich auch lieber dazu entschließen sollen, die Hypothek zur Hauptsache, die persönliche Forderung zu einer Art accessorischen Ausfallsanspruchs gegen den Schuldner zu machen (vergl. das Recht von Hamburg und Lübeck Motive III S. 604).

Zu § 298 bis 300.

Daß im Allgemeinen die Haftung des Cedenten für die Güte der Forderung vom Entwurfe nicht beliebt worden ist, entspricht durchaus den Anforderungen des Verkehrs. Ist sie, wie im Preußischen Landrecht normal von ungesäumter Beitreibung der Forderung durch den Cessionar abhängig, so wird sie so wie so praktisch in der Mehrzahl der Fälle defiziren. Keineswegs rechtfertigt die Rücksicht auf die Haftpflicht des Veräußerers einer Sache für Mängel derselben die Annahme einer gleichartigen Haftung des Veräußerers einer Forderung für die Beibringlichkeit derselben. Da in der Regel der alte Gläubiger ebensowenig wie der neue dem Schuldner in die Tasche zu sehen im Stande ist, so ist der Uebergang des Risiko ganzen oder theilweisen Verlustes der Forderung wegen mangelhafter Zahlungsfähigkeit des Schuldners auf den Erwerber das Natürliche, wenn nicht dolus des Veräußerers in Betracht fällt oder die Sache vertragsmäßig anders geregelt wird. Die zunächst wenigstens nur für den Sklaven- und Viehhandel berechneten Vorschriften des ädilicischen Edikts gingen von der für jenen Handel zweifellos zutreffenden Unterstellung aus, daß regelmäßig der Verkäufer in Folge längeren Gebrauchs die Fehler des verkauften Sklaven oder Thieres kennen werde und trugen dem Bedürfniß Rechnung, dem Käufer die schwierige Beweislast, der Verkäufer habe positive Kenntniß von dem Fehler gehabt, mit anderen Worten des auf diesem Gebiete wie auf keinem anderen eingebürgerten Betruges, abzunehmen (vergl. l. 1 § 2 Dig. 21, 1). Diese Gesichtspunkte treffen aber keineswegs in gleicher Weise bei der Uebertragung von Forderungen zu.

Wir vermissen im Entwurfe schmerzlich eine Bestimmung, wie es mit der Gewährleistung im Falle der Ueberweisung einer Forderung an Zahlungsstatt im Zwangsvollstreckungswege gehalten werden soll. Die Motive vertrösten auf die Revision der Prozeßordnung. Die Vorschrift gehört aber dem materiellen Rechte an, und die an §§ 736—740 der Prozeßordnung sich knüpfenden Zweifel müßten gerade durch das bürgerliche Gesetzbuch gelöst werden. Man sollte sich durch ähnliche Erwägungen wie bei Absatz 3 des § 294 billig leiten lassen. Es empfiehlt sich fast von selbst die Anwendung der Grundsätze des § 298. Der richterliche Wille ersetzt bei der Ueberweisung den Willen des bisherigen Gläubigers. Die Sache liegt also ganz analog wie bei vertragsmäßiger Hingabe an Zahlungsstatt.

Man könnte einwenden, daß der neue Gläubiger zumeist bei der

Zwangsvollstreckung nicht in eine ebenso sorgfältige Prüfung der Sicherheit der zu erwerbenden Forderung eintreten könne als beim vertragsmäßigen Erwerb und deshalb die Haftung des bisherigen Gläubigers für die Sicherheit als erwünscht bezeichnen. Da indessen die Möglichkeit der Ueberweisung zur Einziehung neben der der Ueberweisung an Zahlungsstatt besteht, so hat es der Gläubiger in der Hand, ob er bei Ausübung seines Rechts in der Vollstreckungs-Instanz die Forderung als gut hinnehmen will oder nicht. Läßt er sich eine unsichere Forderung an Zahlungsstatt, statt zur bloßen Einziehung überweisen, so hat er den etwaigen Ausfall sich selbst zuzuschreiben. Auch kann darauf hingewiesen werden, daß, wenn man den bisherigen Gläubiger zwingt, eine Forderung abzutreten, man ohne Noth seine Lage nicht schlechter zu gestalten hat, als bei freiwilliger Abtretung (vergl. Entscheidungen des Preußischen Obertribunals Bd. 17 S. 168 und Striethorst, Archiv Bd. 85 S. 181). Wir würden also in einem Absatz 2 des § 298 sagen:

> „Bei der Uebertragung einer Forderung an Zahlungsstatt auf gerichtliche Anordnung haftet der bisherige Gläubiger dem neuen Gläubiger in gleicher Weise" (sc. wie im Falle des Absatz 1).

Die Haftung des Cedenten für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners soll sich nach § 299, wenn sie überhaupt Platz greift, nur auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Uebertragung erstrecken. Ist die Haftung die Ausnahme von der Regel, so ist es auch angezeigt, dem Cessionar die Beweislast der mangelnden Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Uebertragung aufzubürden. Wenn der Nachweis, daß der cessus frustra excussus sei, schlechthin genügte, so würde es eine sehr große Härte sein, den Cedenten haftbar zu machen, nachdem der Cessionar Jahr und Tag verstreichen ließ, ehe er die Schuld einklagte und den cessus exekutirte; aber auch die Bürde der Beweisführung, daß der Zustand der Zahlungsunfähigkeit zur Zeit der Uebertragung noch nicht bestand, kann man, ohne hart zu sein, ihm nicht aufpacken. Der Entwurf trifft auch hier die richtige Entscheidung.

Indem der Entwurf in § 300 hinsichtlich der Haftung des Cedenten die cessio legis und die cessio necessaria auf eine Stufe stellt, bringt er einen Rechtssatz zum Ausdruck, den wir mit dieser Klarheit in keiner früheren Gesetzgebung entwickelt gefunden haben. Bei näherer Betrachtung muß sich Jedermann von der Richtigkeit

5*

und Zweckmäßigkeit der Vorschrift überzeugen. Man vergleiche nur die falsche Lehre bei Windscheid § 336 Note 3 unter Ziffer 2 und prüfe einen hierher gehörigen Fall. Z. B. der Beauftragte tritt dem Auftraggeber (gemäß § 592) eine bei Ausführung des Auftrags erworbene Forderung an einen Dritten ab. Ob er für den Bestand oder die Sicherheit der Forderung zu haften hat, muß sich naturgemäß nach der bei der Ausführung des Auftrags und Erwerb der Forderung aufgewendeten Sorgfalt richten. Er irrte in entschuldbarer Weise hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen, der sich für großjährig ausgab, hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit eines Großjährigen, u. s. w.

Eine besondere Vorschrift über die Verjährung des Gewährleistungsanspruches bringt der Entwurf nicht. Sie ist auch nicht nöthig. Der Anspruch auf Gewährleistung für den Bestand der Forderung unterliegt der ordentlichen Verjährung (vergl. Motive zu § 380). Das Gleiche gilt in Betreff des Anspruchs auf Gewährleistung für die Sicherheit der Forderung. Denn der § 397 ist ebenso, wie die §§ 386 flg. überhaupt, in denen von Gewährleistung für Mängel der veräußerten Sache die Rede ist, nicht für anwendbar erklärt.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Anfechtung des entgeltlichen Veräußerungsvertrages über eine Forderung kann nicht mehr entstehen, da der Entwurf den Rücktritt vom Vertrage wegen laesio enormis überhaupt beseitigt hat (Motive II zu § 460).

Zu § 301.

Das Bedenken, was man in Betreff des Kostenpunktes etwa gegen § 301, der die Kosten der Abtretungsurkunde in Ermangelung anderweiter Abreden dem neuen Gläubiger auferlegt, namentlich für den Fall der Abtretung von hypothekarisch verbrieften Forderungen gegen Entgelt haben könnte, zerstreut der § 466 Absatz 2.

Zu § 302.

Wegen der Schwierigkeit der Formulirung einer Vorschrift über die Grenzen der Zulässigkeit von Einreden des Schuldners gegenüber dem neuen Gläubiger enthält sich der Entwurf einer bezüglichen Vorschrift überhaupt. Es bedarf deren auch nicht, bis auf die Einreden, welche sich auf das Verhältniß zum alten Gläubiger vor erlangter Kenntniß des Schuldners von der Uebertragung beziehen und bis auf die Kompensationseinrede, welche auch für die Zeit vor der Uebertragung, da die Aufrechnung nach dem Entwurfe nicht

ipso jure sich vollzieht, eine besondere Erwähnung erheischte (vergl. §§ 303 bis 305). Durch das Prinzip der Sondernachfolge ist von selbst die für die Zulässigkeit von Einreden maßgebende Norm gegeben und wollte man einen Satz aufstellen, der dies noch besonders zum Ausdruck brächte, so könnte es nur der sein:

„Mit der Uebertragung der Forderung geht diese mit den ihr anhaftenden Mängeln auf den neuen Gläubiger über."

Die Redaktoren glaubten jedoch einer besonderen Vorschrift nicht entrathen zu dürfen, wonach dem Schuldner höchst persönliche Einreden aus der Person des bisherigen Gläubigers zu entziehen seien und schrieben deshalb im § 302 vor:

„Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger Einreden nicht entgegensetzen, welche eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers haben."

Wir glauben nun, daß es solche Einreden überhaupt nicht giebt und daß, wenn es sie giebt, sie dem Schuldner konservirt werden müssen. Sucht man nach Beispielen für derartige Einreden, wie sie der Entwurf voraussetzt, so denkt man natürlich zunächst an die exceptiones personae cohaerentes des Römischen Rechts. Die grundlegende Stelle der Digesten (l. 7 Dig. 44,1) bezeichnet als exceptiones quae personae cujusque cohaerent, lediglich solche, welche mit der Person des Schuldners zusammenhängen. Diese sollen nicht auf Andere übergehen; z. B. soll die Einrede der Rechtswohlthat des Nothbedarfs, welche dem Socius gegenüber der actio pro socio zusteht, nicht dem Bürgen oder den Erben des Schuldners zu Statten kommen (vergl. l. 63 § 2 Dig. 17, 2, l. 23 bis 25, l. 41 Dig. 42, 1). Die Rechtswohlthat des Nothbedarfs wird dementsprechend anderwärts auch als personale beneficium des Schuldners bezeichnet (l. 63 § 1 Dig. 17, 2; l. 29 Dig. 42, 1).

Die Motive ziehen Windscheid an. Dieser bezeichnet als Einreden, die mit dem Wechsel der Personen in der Gläubigerrolle bei der Cession untergehen sollen, weil sie sich auf die bestimmte Gläubigerperson des alten Gläubigers bezögen, die Einrede der Rechtswohlthat des Nothbedarfs, wenn sie ihren Grund in der persönlichen Eigenschaft des Gläubigers hat und die Einrede aus einem persönlichen Erlaßvertrage. Was zunächst die Rechtswohlthat des Nothbedarfs anbetrifft, so kennt das bürgerliche Gesetzbuch dieselbe nicht (Motive zu § 228). Aber auch nach gemeinem Recht ist unbedenklich in allen Fällen, wo sie anerkannt wird, anzunehmen,

daß sie dem Schuldner gegen die Erben des ursprünglichen Gläubigers ebenso gut zusteht wie gegen jenen selbst, also auch gegen den Cessionar als Sondernachfolger (vergl. l. unica Cod. 5, 13 und l. 27 Dig. 24, 3; l. 41 pr. Dig. 42, 1 hängt mit den Besonderheiten der Delegation zusammen). Immer ist der Schutz der Person des Schuldners in Hinblick allerdings auf das persönliche Verhältniß zum Gläubiger, dem die Forderung entspringt, der leitende Gesichtspunkt, und kein Anspruch der Quellen berechtigt dazu, den einen Fall anders zu behandeln wie den anderen. Da für die Rechtswohlthat des Nothbedarfs vorzugsweise die Person des Schuldners ins Gewicht fällt, so wäre auch, wenn die Frage gesetzgeberisch zu regeln wäre, die Rechtswohlthat des Nothbedarfs unbedenklich dem Universal- wie dem Sondernachfolger des Gläubigers gegenüber zu gewähren. Mit dem Anspruch des Gläubigers erwächst dem Schuldner das Recht, sich auf die Rechtswohlthat berufen zu dürfen und er hat nicht bloß eine Erwartung, welche durch jeden Personenwechsel auf der Gläubigerseite vereitelt werden kann. Die Sache liegt ganz ähnlich, wie bei dem Uebergang der Konkursprivilegien auf den neuen Gläubiger vor ausgebrochenem Konkurse. Der Einwand des Vorbehalts des Nothbedarfs, der sich auf einen besonderen Vertrag stützt, ist beiläufig auch nach dem Entwurfe noch möglich.

Einen Erlaß- richtiger wohl Stundungsvertrag, der sich nur auf die Person eines bestimmten Gläubigers bezieht, kann man sich nicht recht vorstellen. Ist eine Forderung auf so lange gestundet, als der betreffende Gläubiger sie besitzt, so ist die Gültigkeit des Stundungsvertrages von vornherein insoweit zeitlich beschränkt, daß er bloß bis zur Abtretung oder bis zum Tode des Gläubigers zieht.

Wenn Windscheid die vorgedachten Einreden zulassen will, sobald die Cession nachweislich in der Absicht erfolgte, die Einreden zu elidiren, so handelt es sich dabei bloß um einen unglücklichen Versuch der Abwehr unbequemer Konsequenzen falscher Lehre (Motive II S. 130 unten).

Die exceptio doli, welche Andere hier in Betracht ziehen, will Windscheid nicht hierher gerechnet wissen. Sie wird auch in den Quellen ausdrücklich als rei cohaerens bezeichnet und nach dem Begriffe, den die Quellen damit verbinden, nicht bloß dem Schuldner sondern auch seinen Erben und Bürgen gegeben (l. 7 Dig. 44, 1). Sie greift dem Universal- also auch dem Singularsuccessor gegenüber Platz (l. 6 Dig. l. c.). Nur insofern kommt die Person dabei in Betracht, als der Kläger selbst oder sein antecessor den dolus be-

gangen haben muß, nicht der dolus eines Dritten zur Basis der exceptio doli gemacht werden darf, während bei der exceptio quod metus causa die Person desjenigen, der den metus verursachte, gleichgültig ist (l. 2 § 1, l. 4 § 27 bis 33 Dig. 44, 4). Gerade hier bei der exceptio doli könnte man aber versucht sein zu meinen, daß der dolus eine ausschließliche Beziehung auf die Person desjenigen habe, der ihn begangen hat, und den § 302 des Entwurfs hierauf zu beziehen geneigt sein. Es steht aber halt mit der höchstpersönlichen Einrede ebenso wie mit der höchstpersönlichen actio. Die höchstpersönliche Natur bezieht sich auf den Berechtigten, hier den Einredeberechtigten.

Wir würden deshalb den § 302 unbedenklich streichen oder durch die Eingangs erwähnte Klausel, wonach die Forderung mit ihren Mängeln übergeht, ersetzen. Zum Mindesten sei dem § 302 von vornherein ein Unschädlichkeits- beziehungsweise Nutzlosigkeits-Attest ausgestellt.

Zu §§ 303 bis 305

haben wir oben bereits unsere Zustimmung erklärt. Kenntniß von der Uebertragung hat nur der, welcher sicher davon weiß. § 272 und 308 bieten dem Schuldner ausreichenden Schutz, wenn er in Zweifel über die Person des Berechtigten geräth.

Zu § 306 und 307.

Diese Vorschriften, welche den Schutz des Schuldners bezwecken für den Fall, daß eine Uebertragung nicht stattgefunden hat oder ungültig ist, und der Schuldner sich auf die Anzeige von der Uebertragung alleinhin mit dem neuen Gläubiger eingelassen hat, hätten vielleicht entbehrt werden können. Man würde ohne dieselben wohl in der Rechtsprechung und Wissenschaft zu demselben Resultate gelangt sein, zumal was die Fälle des § 306 anbelangt.

Zu § 308, 309 und 310

finden wir nichts zu erinnern.

Zu § 311.

Der § 311 des Entwurfs schreibt vor:

> „Haben Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten den übertragbaren Theil ihres Diensteinkommens oder ihrer Pension abgetreten, so muß die auszahlende Kasse von dem bisherigen Gläubiger durch eine ihr auszuhändigende öffentlich beglaubigte Urkunde von der Abtretung benachrichtigt werden."

Die Fassung des § 311 giebt zu Bedenken Veranlassung. Sie wäre unbedenklich, wenn die Wirkung der Uebertragung an sich an

die Denunziation geknüpft wäre und im konkreten Falle bloß eine verschärfte Form der Denunziation hätte vorgeschrieben werden sollen. Der Paragraph läßt aber so, wie er lautet, über die Folgen im Unklaren, wenn die Abtretung erfolgt ist und die Benachrichtigung mündlich oder durch eine nicht öffentlich beglaubigte Urkunde seitens des bisherigen Gläubigers oder durch Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Abtretung seitens des neuen Gläubigers geschieht. Offenbar soll jede auf andere Weise als die vorgeschriebene erlangte Kenntniß der Kasse als Nichtkenntniß gelten. Die Kasse zahlt also mit befreiender Wirkung bei einer nicht auf die vorgeschriebene Weise erlangten Kenntniß an den bisheriger Gläubiger. Es ist jedenfalls besser, diese Absicht des Gesetzgebers gelangt zum Ausdruck, indem man sagt:

> „Haben Militärpersonen u. s. w. abgetreten, so wird angenommen, daß die auszahlende Kasse erst in dem Augenblicke Kenntniß von der Uebertragung erlangt hat, in welchem sie von dem bisherigem Gläubiger durch eine ihr auszuhändigende öffentlich beglaubigte Urkunde von der Abtretung benachrichtigt worden ist."

Sollte übrigens dem Interesse der öffentlichen Kasse nicht auch die Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Urkunde durch den neuen Gläubiger genügen?

Zu § 312 und 313

haben wir nichts zu bemerken.

Wir schließen hiermit unsere Betrachtung. Es könnte auffallen, daß wir zu den späteren Paragraphen der Cessionslehre kaum etwas von Belang zu bemerken fanden. Es genügt uns festzustellen, daß eine sorgfältige Prüfung zu Ausstellungen keine Veranlassung gab und daß wir andererseits nicht das Bedürfniß verspürten, das im Entwurfe und in den Motiven Gebotene zu verwässern. Wir dürfen das Resultat unserer Prüfung der Cessionslehre des Entwurfs dahin zusammenfassen: Der Entwurf ist durchweg annehmbar. Die erhobenen Anstände sind vorwiegend redaktioneller Natur und treffen nicht die großen Grundgedanken des Entwurfs. Wird der betreffende Theil des Entwurfs Gesetz, so dürfen wir uns damit wohl zufrieden geben. Wir freuen uns dieses Resultates um so mehr, als wir im Allgemeinen von der Vortrefflichkeit der der Deutschen Juristenwelt zur Beurtheilung vorliegenden Arbeit durchdrungen sind.

Die Vormundschaft des Entwurfs.

Von Rechtsanwalt David in Frankenthal.

Die Resignation, zu welcher die rheinischen Juristen bei den verschiedenen Anlässen zu der endlichen — übrigens mit freudigem Opfersinne begrüßten — Schöpfung eines gemeinsamen, deutschen nationalen Rechtes immer wieder von Neuem sich verurtheilt glauben, wird wohl nicht am wenigsten bei der Neugestaltung des Vormundschaftswesens sich in Anspruch genommen fühlen. Trotz der liebenswürdigsten nie versäumten Komplimente, trotz der rühmlich erwähnten warmen Vertheidigung aus den damit vertrauten Kreisen, trotz der in — allerdings als schätzbare Makulatur zurückgelegten — Gesetzentwürfen zu Tage getretenen Anerkennung sind die Grundelemente des rheinisch-französischen Rechtes theils dem idealen Streben, den rechtsgeschichtlichen Zusammenhang mit der bestehenden heimischen Ordnung der Dinge festzuhalten, theils dem praktischen Gebote, mit eingebürgerten Rechtsgepflogenheiten und befriedigenden Erfahrungen ausgedehnter Rechtsgebiete nicht zu brechen, aufgeopfert worden

Die Vormundschaftsordnung des Entwurfs stellt sich als sorgsam überarbeitetes Abbild der aus gewiß sehr gründlichen Vorbereitungsstudien hervorgegangenen preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 — mit mannigfachen, zum Theile freilich elementaren Abweichungen dar und ist nach den Andeutungen der mit einem unerschöpflichen Schatze von Wissenschaft und bewunderungswürdiger Kunst verfaßten Motive das Opfer des rheinisch-französischen Vormundschaftssystems auf dem Altare der vaterländischen Rechtsentwickelung unwiderruflich besiegelt. Betrachtungen, welche dem Schmerze, daß wir wieder einmal ausersehen sind, von

der schönen freundlichen Gewohnheit des Daseienden zu scheiden, gewidmet wären, könnten im besten Falle nur den Erfolg eines gutgemeinten — Nachrufes erringen. Ohne Beruf und Auftrag, solchen zu schreiben, will ich's lieber versuchen, die Familienangehörigen des rheinisch-französischen Rechtes so gut als möglich über den bevorstehenden — nach meiner Ueberzeugung unabwendbaren Verlust zu trösten.

Der Entwurf hat Recht und Pflicht der Sorge für Person, Vermögen und Vertretung der Schutzbedürftigen der elterlichen Gewalt, — der Vormundschaft über Minderjährige, der Vormundschaft über Volljährige und der Pflegschaft anvertraut.

Er hat in erster Linie, gedrängt, gewiß nicht von dem Zusammenhange mit der deutschen Rechtsgeschichte, die dem Rechte der Eltern ihren hausgenossenschaftlichen Kindern gegenüber die Fähigkeit, als Stoff für ein abgeschlossenes Rechtsgebilde zu dienen, abgesprochen hat, sondern offenbar von dem glücklichen Zuge moderner Geistesrichtung und Sittenverfeinerung, welche die Frau dem Manne, die Zucht der Mutter der des Vaters ebenbürtig hält, die väterliche Gewalt zur elterlichen Gewalt erhoben, — diese Gewalt, abgesehen von einzelnen Gründen ihrer Verwirkung, über den Tod des einen oder anderen Gatten hinaus bis zur Volljährigkeit des Kindes erstreckt, — die Vormundschaft damit wesentlich entlastet und vereinfacht und gewissermaßen, exceptis excipiendis, zum bloßen Nothbehelfe für die des Vaters und der Mutter beraubten Doppelwaisen gestaltet.

Wenn der Entwurf in der Vormundschaft die von dem code civil fester geknüpften Bande des Blutes lockert, — die Herrschaft der Familie, um mit Professor Pfaff zu reden, „der Tyrannis des Amtsrichters" unterordnet, — so feiert das Familienrecht in dem neuen schönen Rechtsgebilde der am unmittelbarsten aus der Natur hervorgegangenen, durch gemeinsame Pflicht der Ernährung, Erziehung und Beschützung gefestigten, von dem Tode des einen oder anderen Ehegatten — in der Regel — unberührten elterlichen Gewalt einen Triumpf, den wir feierlich begrüßen müssen und bei der etwaigen Trauer über Mißachtung des Familienrechtes im Systeme der Vormundschaft, zum Troste, nicht vergessen dürfen. Ist doch die Vormundschaft des Entwurfes, wie gesagt, in der Regel nur den selteneren Fällen des Verlustes beider Eltern vor erreichtem 21. Jahre ge-

widmet. Ich will nicht damit sagen, daß die Doppelwaisen weniger der Familiensorge bedürfen, — ich will damit nur betonen, daß die Vormundschaft im neuen Rechte seltener wird und was die Familienliebe betrifft, so kann dieselbe sich ohne gesetzlichen Zwang um so freier und unbefangener bethätigen.

Der vielbewunderte Bau des Code civil, an den Hand zu legen, die demselben unterwürfigen Länder, häufig unter Gefährdung wichtiger Interessen, bis in die neueste Zeit gefürchtet haben, ist in der Gliederung des Vormundschaftswesens nicht gerade besonders glücklich gewesen. Die mütterliche Gewalt ist dem nicht immer galanten französischen Rechte, das die Rechtsunfähigkeit und Botmäßigkeit der Frauen in mannigfacher Beziehung übertrieben hat, fremd. Die väterliche Gewalt verwandelt sich bei dem Tode der Mutter plötzlich in eine — sogenannte — gesetzliche Vormundschaft. Der Vater steigt von seiner unabhängigen Stellung eine Stufe herab und wird mit dem Joche der Generalhypothek beladen. Während man in den sogenannten pays coutumiers nur die durch den Richter bestellte Vormundschaft kannte, während das tribunal d'appel von Montpellier, bei der Umfrage nach der Beurtheilung des Entwurfes des Code civil die Zerlegung der Vormundschaft, deren Wesen im modernen Rechte doch überall dasselbe bleibe, tadelt, hat der Code civil das Vormundschaftssystem auf 4 Arten der Vormundschaft gegründet: die des Vaters und der Mutter, die von dem Vater oder der Mutter eingesetzte Vormundschaft, — die Vormundschaft der Großeltern und die durch den Familienrath eingesetzte Vormundschaft. Eigentlich sind es aber nur zwei Arten der Vormundschaft, die gesetzliche und die vom Familienrath eingesetzte. Und diese beiden Arten sind in ihrem Wesen nicht verschieden. Der Familienrath und der durch denselben ernannte Gegenvormund, jener als Obervormundschaftsbehörde, dieser als Wächter und Stellvertreter des Vormundes, sind obligatorische Correlate der Vormundschaft. Die durch den Richter eingesetzte Vormundschaft und der Gemeindewaisenrath sind dem Code civil unbekannte Dinge.

Der Entwurf hat neben der von ihm geschaffenen und ausgestalteten elterlichen Gewalt die Zwitterbildung der gesetzlichen Vormundschaft des Code civil als entbehrlich beseitigt. Mittelbar ist allerdings, um einerseits dem natürlichen Rechte zu huldigen und andererseits dem Systeme der bestellten Vormundschaft nichts zu vergeben, sowohl die gesetzliche Vormundschaft wenigstens der Groß-

väter (die schwachen Großmütter hat der Entwurf zur Führung einer Vormundschaft nicht für geeignet gehalten) als auch die von dem Vater oder der Mutter eingesetzte Vormundschaft insoferne beibehalten worden, als der Großvater väterlicher oder mütterlicher Seite sowie der von dem Vater oder der Mutter benannte Vormund nicht bei der Bestellung eines Vormundes übergangen werden sollen.

Im Uebrigen hat der Entwurf den alten heftigen Streit zwischen dem Familien- und dem Königsschutze der Hilfsbedürftigen zu Gunsten des Letzteren entschieden. Der Familienrath ist mediatisirt, — die Vormundschaft verstaatlicht.

Der Familienrath, „une sorte de tribunal privé", hat bisher die Stelle der Obervormundschaft vertreten. Er ist keine ständige Behörde mit ständigen Mitgliedern, sondern, was man auf dem V. Juristentage sogar an ihm rühmte, nur „eine Obervormundschaftsbehörde ad hoc", mit der ausschließlichen Befugniß, die Vormundschaft zu organisiren, Vormund und Gegenvormund zu ernennen und abzusetzen, in wichtigen Angelegenheiten Ermächtigungen zu ertheilen und zu verweigern, Gutachten abzugeben und Beschlüsse zu fassen. Seine Beschlüsse können gerichtlich angefochten und aufgehoben werden, aber ihm zu befehlen hat Niemand das Recht; er ist in seinem Wirkungskreise schlechthin souverain und in seine privilegirten Attribute, sein Monopol einzugreifen, hat kein obrigkeitliches Organ das Recht.

Nach dem Entwurfe hört der Familienrath auf, obligatorischer Bestandtheil des Vormundschaftssystems zu sein. Er wird sozusagen noch als Juventarstück oder als Reliquie nachgeführt. Da der Familienrath nur einzusetzen ist, wenn der Vater oder die Mutter es angeordnet haben oder auf Antrag eines Familienangehörigen und in solchem Falle nur, wenn es der Vormundschaftsrichter für angemessen erachtet, — da man die künftig mit persönlicher Verantwortlichkeit behaftete Stellung eines Familienrathsmitgliedes anzunehmen, nicht gezwungen werden kann, so wird er in nicht allzu ferner Zeit verschwunden sein. Eine gewisse Ironie dürften vielleicht superkluge Leute darin erkennen, daß der Entwurf, übrigens nach dem bösen Beispiele seines Vorbildes, der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875, dem Familienrath mit dem weiteren Hülfsorgane des Gemeindewaisenrathes erst im VII. und VIII. Kapitel des Titels: Vormundschaft der Minderjährigen, das ist nach Kapitel: „Beendigung der Vormundschaft", zwei Ruheplätzchen angewiesen hat.

Das gemüthliche Familienregiment des Code civil hat der Entwurf durch ein strammes obrigkeitliches, wenn das Wort gestattet ist, büreaukratisches Regiment ersetzt.

An die Stelle des Familienrathes tritt der Vormundschaftsrichter mit ziemlich schrankenloser Machtvollkommenheit. Ohne seine Bestellung eines Vormundes giebt es keine Vormundschaft. Er bestellt und entläßt den Vormund, trifft bis zur Bestellung oder im Falle der Verhinderung des Vormundes die zum Schutze des Mündels passenden Anordnungen, läßt, wenn er es für angemessen findet, gegen den Willen des Vormundes den Mündel erziehen, sogar in einer Besserungsanstalt unterbringen, stellt, wann es ihm beliebt, den Vormund zur Rede, diktirt den Zeitpunkt der Rechnungsablage, verfügt deren Berichtigung und Ergänzung, ordnet nach Ermessen Sicherheitsleistung, Art und Umfang, Erhöhung, Minderung oder Aufhebung derselben an. Er ist nach den Worten des ehemaligen Justizministers Dr. Leonhardt Schutz- und Schirmherr der Vormundschaft. Eine gewaltige Machtvollkommenheit, die mit den nöthigenfalls beliebten Hülfsorganen das Höchste zum Schutze der Pflegebefohlenen zu leisten sucht, — aber allerdings sehr gefährlich erscheint in den Händen eines mit blindem Eifer behafteten, unerfahrenen oder überlasteten Beamten! Ich hätte darum gerne in dem Entwurfe schon die Beruhigung der Gemüther, welche der § 10 der preußischen Vormundschaftsordnung, wenn auch in ungenügender Weise, enthält, vorgefunden.

Hat der Entwurf Recht gehabt, mit dem Systeme des französischen Rechts aufzuräumen und darf man mich für verpflichtet erachten, — eine letzte Lanze dafür zu brechen?

Auf dem V. deutschen Juristentage war man noch Feuer und Flamme für die patriarchalische freie Selbstverwaltung der Familie, für den Familienschutz an der Stelle des obrigkeitlichen Schutzes durch den Vormundschaftsrichter. Dem Vormundschaftsrichter wurde die nöthige Kenntniß des Lebens, die Wärme des verwandtschaftlichen Blutes, das Interesse der Zusammengehörigkeit abgesprochen. Man stellte mit Energie die Forderung, den Schwerpunkt des Vormundschaftsrechtes in den Familienrath zu verlegen. Wie Professor Kohler noch in seinem neuesten Gutachten „jedes Hineinregieren in die Familie" für bedenklich hält, rief man die Warnung aus, wir möchten uns doch nicht selbst überall bevormunden lassen. Obschon man entgegenhielt, daß die Bevormundung nirgends mehr als in der

Vormundschaft am Platze, — daß die Vormundschaft kein Privatrecht sei, — sondern ihren Schwerpunkt im öffentlichen Rechte habe, — der Staat die Vormundschaft in höchster Potenz in sich trage, so wurde doch anerkannt und ich brauche nur den Namen Dr. Gneist zu nennen, um den unschätzbaren Werth dieser Aussprüche festzustellen, daß deshalb keineswegs der Staat durch seine beamteten Richter die Vormundschaft zu führen brauche, daß es im Gegentheil als ein Fortschritt des dem droit contumier folgenden französischen Rechtes betrachtet werden müsse, daß der Staat — im Sinne der wahren Selbstverwaltung sich hier der Familie als öffentliches Organ bediene und den Familienrath als Organ der öffentlichen Pflicht des Staates auserwähle.

Damals wurde von der II. Abtheilung des Juristentages unter dem Vorsitze des Dr. Gneist einstimmig beschlossen, daß in jede Vormundschaftsverwaltung ein Familienrath d. h. ein Organ aus Familienmitgliedern, eventuell Fremden (!) einzuführen sei.

Auf dem XII. deutschen Juristentag hatte sich trotz der Wärme, womit man die Kindschaft des Familienrathes für die deutsche Rechtsgeschichte reklamirte, die Stimmung für denselben abgekühlt. Man entdeckte jetzt einen Widerspruch darin, daß die staatliche Pflicht des Schutzes der Hülfsbedürftigen anerkannt und doch das Aufsichtsrecht der Familie überlassen werden solle. Der Berichterstatter Dr. Hauser erklärte zwar die Organisation des Familienrathes zur gegenseitigen Berathung und unmittelbaren Besprechung zwischen den Familiengliedern und dem Vormundschaftsgerichte für unvermeidlich, verwarf jedoch mit der Abtheilung den obligatorischen Familienrath. Seinem Antrage gemäß wurde beschlossen, daß die Obervormundschaft durch Einzelrichter auszuüben, der Familienrath hingegen nur zur Entscheidung wichtiger Angelegenheiten auf Anordnung der Eltern, Verlangen der Angehörigen oder des Vormundes zu bilden sei.

Nach der vorangegangenen beredten Apostrophe des Berichterstatters hätte man zu Gunsten des Familienrathes mehr erwarten dürfen. „Wir lassen's uns," ließ er sich vernehmen, „in der Strafrechtspflege gefallen, daß Laien mitbeschließen, ja in den Schwurgerichten über die für Freiheit und Leben entscheidenden That- und Rechtsfragen ausschließlich urtheilen; warum soll man sich sträuben, daß Familienmitglieder da, wo es sich um eine Verwaltung auf dem Gebiete des Familienrechtes, um Familienangelegenheiten handelt, daß die Verwandten, welchen die Stimme der Natur, das Band des

Blutes, die Sorge für das Wohl der Mündel an das Herz gelegt, — daß so eng verbundene Personen, welche mit den individuellen Lebensverhältnissen des Mündels aus der nächsten Umgebung und eigenen Erfahrung am meisten vertraut sind, mit dem Vormundschaftsrichter unter dessen Vorsitz mitbeschließen bei Beaufsichtigung der Verwaltung des Vormundes?"

Was läßt sich Besseres zu Gunsten der Rettung des Familienrathes sagen? Er wurde nicht gerettet und der Beschluß des XII. deutschen Juristentages hat dem Entwurfe bei seiner Fassung als Muster gedient.

So verführerisch nun auch meinem Ohre die Schmeichelworte von der Selbstverwaltung der Familie, von der Wärme des verwandtschaftlichen Blutes, — von den erhaltenden Elementen des Volkslebens klingen, — so schwer der Jurist sich selbst von dem kranken Erbe des hergebrachten Rechtes trennt, — so mächtig meinem Gefühle der Unabhängigkeit die sogenannte bureaukratische Herrschaft widerstrebt und so böse Freunde blicken mögen, — ich weine dem französischen Familienrathe keine Thräne nach.

Darf ich's doch nicht verschweigen, daß von Alters her schon sich Stimmen gegen den französischen Familienrath erhoben und ihn in vielen Fällen als einen Konventikel von Auserwählten, die man gerade zur Erreichung eines bestimmten Gutachtens oder Beschlusses nöthig hat, bezeichnet haben. Bei der Umfrage nach den Urtheilen der Gerichte über den Entwurf des Code civil hat sich z. B. das tribunal d'appel von Lyon in diesem Sinne geäußert.

Daß der Familienrath des französischen Rechtes, ein Werk gesetzgeberischen Dilettantismus, mit wesentlichen Mängeln behaftet ist, — weder seinem Namen entspricht noch seinen Zweck erfüllt, — wer möchte das mit aller Liebe zu dem Erbe der Väter in Abrede stellen? Das Fehlen einer ständigen Obervormundschaftsbehörde hat Unzuträglichkeiten jeder Art im Gefolge. Die wechselnde Gesellschaft ad hoc mit einer so schwerfälligen Art der Berufung eignet sich nicht zur Beobachtung der Pflicht, Vormund und Mündel nicht aus den Augen zu lassen und sofort in jedem Augenblicke der Gefährdung einzuschreiten. „Bis Rom berathschlagt, geht Sagunt zu Grunde."

Die bei der Wanderlust und Freizügigkeit der Deutschen häufig überallhin zerstreuten Familienmitglieder können in so vielen Fällen nicht berufen werden oder dem Rufe nicht Folge leisten. Sogenannte Freunde, Schuster, Schneider, Handschuhmacher, nehmen an ihrer

Stelle Platz. Woher soll da die Wärme des Blutes und die Kenntniß der Verhältnisse kommen? Paulus wird hier umgekehrt zum Saulus.

Familienzwiste und Eifersucht besonders zwischen Verwandten väterlicher und mütterlicher Seite treiben oft die garstigsten Blüthen im Schooße des Familienrathes; hinwiederum können Koterien und Cliquen das Interesse des Mündels ihren persönlichen Interessen opfern, zu verfrühten Theilungen und Veräußerungen führen und den angeblichen Schutz des Mündels in dessen Schaden verwandeln. Das Bewußtsein privatrechtlicher Verantwortlichkeit wird durch die Bande des Blutes nicht ersetzt; die Stimmenmehrheit stumpft das Gefühl der moralischen Verantwortlichkeit ab.

Ob, nachdem der Familienrath als Obervormundschaftsbehörde beseitigt ist, sein Schatten, den der § 1678 als „Konzession an die Rheinländer" gerettet hat, den Unversöhnlichen noch irgend welche Befriedigung gewähren kann, das steht dahin. Den Vätern und Müttern, welche dem Familienrathe größeres Vertrauen als dem Vormundschaftsgerichte schenken, ist es übrigens — und das wird auch jene trösten können — unbenommen, einen Familienrath mit strengeren Rechten und Pflichten als den des französischen Rechtes einzusetzen. (§ 1712, 1715, 1719.)

Von den Ländern des französischen Rechtes, zu denen man wohl, da sein Landrecht der Code civil in allerdings zuweilen freier Uebersetzung ist, Baden rechnen darf, hat dieses zuerst den Familienrath beseitigt und seine Befugnisse den Amtsgerichten verliehen mit der Aenderung, daß die nächsten Familienangehörigen zu hören sind und wenn ihnen kein Gehör gegeben worden ist, der Staatsanwalt binnen 8 Tagen um seine Meinung und wenn er mit dem Beschlusse des Amtsgerichtes nicht einverstanden ist, das Landgericht von ihm um Entscheidung angegangen werden kann.

Auch den Gegenvormund, dieses unerläßliche Correlat und Organ jeder Vormundschaft des französischen Rechtes, dessen Wahl dem Familienrathe Schwierigkeiten bereiten kann, — den Kontroleur der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung, den Stellvertreter des Vormundes und curator perpetuus des Mündels im Falle widerstreitender Interessen zwischen beiden, hat der Entwurf im Einverständnisse mit dem XII. deutschen Juristentage für entbehrlich gehalten. Der Gegenvormund kann im Falle des Bedürfnisses, über welches der Vormundschaftsrichter entscheidet, nützliche Verwendung finden, —

er hört aber auf, obligatorischer Bestandtheil der Vormundschaft zu sein.

Im französischen Rechte war der Gegenvormund, wie die Motive des Entwurfes mit Recht bemerken, ein ungenügender Ersatz für den Mangel einer regelmäßigen Rechnungsstellung und Surrogat der unzulässigen Mehrheit von Vormündern.

Was die Rechnungstellung betrifft, so hielten die französischen Juristen nicht sehr viel darauf. Das Vertrauen zu den Banden des Blutes galt ihnen mehr als alles Andere. Selbst der Pariser Kassationshof warnte bei seinen Bemerkungen zu dem Entwurfe des Code civil vor zu häufigen Rechnungstellungen, diesen bekannten Quellen von Kosten und Prozessen, die das Vermögen des Mündels ruiniren könnten. Eine Mehrheit von Vormündern hielt der Kassationshof entgegen dem droit coutumier von Paris mit dem Wesen der Vormundschaft für unvereinbar. Das Dogma der Parlamentsbeschlüsse: ne sera qu' un tuteur au mineur, — die These des Tribunats: un mineur ne peut avoir qu' un tuteur, sprach der Kassationshof in den Worten aus: „d'essence de la tutelle est d'être donnée à une seule personne." Der Code civil hielt an diesen Anschauungen fest, konnte jedoch nicht umhin, dem Vormunde Hilfsverwalter (administrateurs particuliers) zu gestatten, — einen Beivormund (Protuteur) für die Verwaltung der in den Kolonien gelegenen Mündelgüter zuzulassen, einen Mitvormund (Cotuteur) in der Person des zweiten Gatten anzuordnen, — einen einstweiligen Vormund (tuteur provisoire) den Kindern, deren Vater verschwunden ist, zu geben, — einen Zweck- oder Gelegenheitsvormund (tuteur special et particulier, tuteur ad hoc) in Bedürfnißfällen gutzuheißen.

Der Entwurf erkennt es aber nicht als — ausnahmslose — Regel an, nur einen Verwaltungsvormund zu bestellen, sondern überläßt die Bestellung von Vormündern in erforderlicher Zahl sowie Begrenzung und Zuweisung ihres Wirkungskreises dem Ermessen des Vormundschaftsrichters und kommt dem Bedürfnisse vormundschaftlicher Obhut und Vertretung in besonderen Angelegenheiten des Mündels, bei welchen eine vormundschaftliche Verwaltung und Vertretung nöthig ist, aber aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen von dem Vormunde beziehungsweise dem Inhaber der väterlichen Gewalt nicht wahrgenommen werden kann, durch die Pflegschaft zu Hilfe. Nicht zufrieden damit, gedenkt der Entwurf in Uebereinstimmung mit einem Wunsche des XII. deutschen Juristentages und

mit der preußischen Vormundschaftsordnung, den Gemeindewaisenrath als Hilfsorgan einzusetzen mit der übrigens von jeder privatrechtlichen Verantwortlichkeit freien — amtlichen Pflicht, in Ansehung der Vermögensverwaltung eines Vormundes besonders aber der Erziehung und Pflege eines Mündels bekannt gewordene Mißstände dem Vormundschaftsrichter anzuzeigen.

Auch der Abschied des obligatorischen Gegenvormundes kann mich nicht allzusehr betrüben, und er selbst wird leichter zu trösten sein als wir. Mit der Schöpfung des Gegenvormundes hat der Code civil die Gegnerschaft der väterlichen und mütterlichen Familie noch in höherem Grade wie bei der Schöpfung des Familienrathes förmlich herausgefordert. Um der Versuchung des Vormundes und des Gegenvormundes, seines Wächters, gegen den Mündel sich zu verständigen, möglichst vorzubeugen, hat der Code civil „wo nicht vollbürtige Brüder vorhanden sind“, — merkwürdige Ausnahme! — die Wahl des Gegenvormundes aus derjenigen von beiden Linien verordnet, wozu der Vormund nicht gehört. Vernachlässigt der Gegenvormund seinen unangenehmen Wächterdienst, so ruft er den Verdacht hervor, unter einer Decke mit dem Vormunde zu stecken, — ist er aber seinem Amte getreu, bestrebt, mit wachsamem Auge die Verwaltung des Vormundes zu beobachten, für die Inscription der gesetzlichen Hypothek des Mündels zu sorgen, — zur Errichtung der Inventur anzuhalten, den Familienrath behufs Absetzung des Vormundes berufen zu lassen u. s. w., so wird die Brandfackel in den Schooß der Familie geworfen, deren Zusammenhalt angeblich das Vormundschaftssystem des Code civil bezweckt.

Niemand hält die Familie höher als ich. Die schönen Worte des Discours préliminaire von Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu und Malville zum Code civil: c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande, klingen in meinem Herzen wieder. Aber der Familienrath sowie der Gegenvormund des französischen Rechtes sind meines Erachtens nicht der ächte Kitt, um die Familie zusammenzuhalten.

Dem Schutze des Mündels, — selbstverständlich der elementarste Zweck des Vormundschaftswesens, haben dieselben meines Erachtens nicht genügt. Lassen wir ihnen die von dem Entwurfe vorgesehene — nützliche Verwendung an geeigneter Stelle, bestehen wir aber nicht auf dem ohnehin hoffnungslosen Verlangen, die künftige deutsche Vormundschaftsordnung, der es an obligatorischen und nicht obligatorischen

verantwortlichen Organen zur Erreichung des Zweckes keineswegs gebricht, auf den Familienrath und Gegenvormund gegründet zu sehen.

Das größte Gebrechen des von dem Code civil geschaffenen Vormundschaftssystems besteht in seiner Art, das Mündelvermögen sicherzustellen. Ein gesetzliches Unterpfandsrecht, das, wenn der Familienrath nicht in dem Ernennungsbeschlusse eine Beschränkung auf bestimmte Liegenschaften vorgenommen hat, alle Liegenschaften des Vormundes bestrickt und einige Formen zum Schutze gegen unbedachte Veräußerungen der Liegenschaften des Mündels selbst, das ist so ziemlich Alles, was der Code civil für die Sicherheit des Mündelvermögens vorgesehen hat. Schützende Formen gegen Verschleuderung seines beweglichen Vermögens durch ungetreue Vormünder, gegen Veräußerung von Werthpapieren zur Unzeit und zum Schaden des Mündels, Bestimmungen über Anlage seiner Kapitalien kennt der Code civil nicht. So manches Mündelvermögen ist diesem Mangel zum Opfer gefallen. Man hatte den Muth nicht, „an dem schönen Bau des Code civil" zu rütteln oder zu flicken. Alles, was in Frankreich selbst über 70 Jahre seit Verkündung desselben geschah, bestand in dem Gesetze vom 24. Mai 1806 und in dem Dekrete vom 25. September 1813. In jenem wurde der Vormund bei Veräußerung von Rententiteln des Staates über 50 Franken der Genehmigung des Familienrathes unterworfen, in diesem wurde das Gesetz von 1806 auf Aktien der Bank von Frankreich erstreckt. Der traurigsten Erfahrungen ungeachtet vermochte die Gesetzgebung sich nicht zu weiteren Schritten aufzuraffen. Mit der riesenhaften Entwickelung der Aktienunternehmungen, mit der Neigung, den Besitz des liegenschaftlichen Vermögens gegen Werthpapiere zu vertauschen, mit dem abenteuerlichen Hange zu Börsenspekulationen wuchsen die Gefahren für das bewegliche Mündelvermögen in den Händen ungetreuer oder willensschwacher Vormünder. Zufolge des am 17. Dezember 1879 im Senate erstatteten Berichtes von Denormandie kamen einzelne Vormünder, von ihrer unbeschränkten Freiheit selbst erschreckt, hin und wieder auf die Idee, die Gerichte um Genehmigung beabsichtigter Veräußerungen von Werthpapieren des Mündels anzugehen. Diese ließen sich aber auf solche Versuche der Vormünder, ihre Verantwortlichkeit von sich abzuwälzen, nicht ein. Mit dieser Verantwortlichkeit selbst war jedoch nicht viel auszurichten. Ihre Wirksamkeit setzte kostspielige Prozesse mit zweifelhaftem Erfolge voraus, hing von dem Vermögen des

Vormundes und der Möglichkeit eines Zugriffes ab. Selbst auf den Namen lautende Werthpapiere waren nicht geschützt. Um ungehindert veräußern zu können, ließ man dieselben vorher in Papiere auf den Inhaber verwandeln. Die Gerichte konnten nicht helfen. Endlich wurde die Sache der Gesetzgebung doch zu bedenklich und kam es zu dem Gesetze vom 27. Februar 1880, das die Veräußerung von Renten, Aktien, Werthpapieren und überhaupt unkörperlichen Rechten des Mündels ohne Familienrathsermächtigung verbietet, — bei Veräußerungen über 1 500 Franken die Genehmigung des Tribunals nach Anhörung des Staatsanwalts verlangt, Veräußerungen von Börsenpapieren nur durch Börsenagenten und zum Mittelkurse gestattet und soweit zur Veräußerung nicht ermächtigt worden war, die Umwandlung der Inhaberpapiere in Namenpapiere binnen 3 Monaten von Eröffnung der Vormundschaft an gebietet.

Sechs Jahre später fühlten sich die Gesetzgeber von Elsaß-Lothringen auch gedrungen, dem freien Verfügungsrechte des Vormundes Schranken zu setzen. In dem Gesetze vom 16. Juni 1886, die Vormundschaften betreffend, wurde die Verpflichtung des Vormundes (außer Vater und Mutter) ausgesprochen, überflüssige Gelder in Schuldverschreibungen, Renten des Landes, des Reiches, der Bundesstaaten &c. — in einer Sparkasse oder bei der Depositenverwaltung anzulegen, — jedes Jahr dem Amtsrichter ein Verzeichniß des Mündelvermögens vorzulegen, — bei der Zurücknahme von hinterlegten Werthpapieren, bei Veräußerung, Verpfändung oder Umwandlung von Werthpapieren auf Namen in Inhaberpapiere die Genehmigung des Familienrathes einzuholen &c.

Im laufenden Jahre gelang es auch der bayerischen Regierung nach erneuten vergeblichen Anstrengungen, in die schwachen Seiten des Code civil, durch das Gesetz, die Abänderung von Bestimmungen des in der Pfalz geltenden Hypotheken- und Vormundschaftsgesetzes betreffend, vom 26. April 1888, Bresche zu legen.

Der bei Berathung dieses Gesetzes in der Kammer der Abgeordneten laut gewordene Schmerzensruf eines Pfälzers: „wir machen den ersten Schaufelstich zum Begräbniß des französischen Rechtes in der Pfalz", klang etwas tragikomisch am Vorabende der Umgestaltung des gesammten bürgerlichen Rechtes durch das deutsche Reich. Nichts vermochte jedoch besser als gerade die Wahl dieses Zeitpunkts den Nothstand des französischen Hypotheken- und Vormundschaftswesen in der Pfalz zu signalisiren. Das Gesetz enthält

unter anderen dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich nachgebildete Bestimmungen über Anlage von überschüssigen Geldern, Sicherung der Werthpapiere und Kapitalausstände des Mündels, Pflicht und Art der Rechnungsstellung des Vormundes, über Sicherheitsleistung u. s. w.

Besonders bemerkenswerth ist mir an der Novelle zum Code civil einerseits die Beibehaltung der gesetzlichen Generalhypotheke des Mündels und anderseits die Investitur des Amtsrichters, der mannigfach an der Stelle des Familienrathes und Gegenvormundes herangezogen wird. An einer Vorbereitung der Gemüther auf den Amtsrichter als Nachfolger des Familienrathes fehlt es demnach nicht. Was aber die gesetzliche Generalhypotheke des Mündels betrifft, so werden dieselben wohl mit dem meinigen die Verheißung des Entwurfes als eine glückliche begrüßen, daß die Vormundschaft künftig damit nicht mehr belastet werden soll.

Ne quid nimis! Das Schutzsystem des Entwurfes bedarf dergleichen überwundener Hilfs- und Abschreckungsmittel nicht. Der IX. deutsche Juristentag hat auf Antrag des bereits erwähnten Berichterstatters der 1. und 2. Abtheilung, Dr. Hauser, mit allen Stimmen anerkannt, daß ein Zwang zur Sicherheitsleistung der Vormünder nicht zu rechtfertigen ist. Die preußische Vormundschaftsordnung hat erklärt, daß ein Pfandrecht oder ein Titel zum Pfandrechte an dem Vermögen des Vormundes durch die Vormundschaft nicht entsteht.

Der Entwurf huldigt diesen Anschauungen und er begründet dieselben. Der Staat hat den Beruf, die Schutzbedürftigen möglichst in Schutz zu nehmen und daher das Recht, die Dienste seiner Bürger, Opfer an Zeit und Mühe zur Erfüllung dieses Berufes, in Anspruch zu nehmen.

Ob es aber gerecht und billig ist, Vermögensopfer beizufügen, das ist eine andere Frage. Die Sicherheitsleistung insbesondere durch gesetzliches Unterpfand ist ein Opfer regelmäßig auf Kosten des Kredits und eine mit Rücksicht auf ihre Vertheilung von reinen Zufälligkeiten abhängende völlig prinziplose Vermögenssteuer, eine ungerechte Belastung des Grundbesitzes gegenüber dem beweglichen Kapitale. Anderseits hat es wenig Sinn, gerade von dem Grundbesitzer Sicherheit zu verlangen. Wo der Grundbesitz nicht verschuldet ist, bietet er an und für sich die beste Sicherheit. Unterstellt man verschuldete Grundbesitzer, so hat die Hypotheke des Mündels wenig

Werth. „Man wird aber," sagen die Motive weiter, „um des praktischen Nutzens willen, welcher in Ausnahmefällen dem Mündel aus der Hypotheke allerdings erwachsen kann, eine an sich volkswirthschaftlich verwerfliche Einrichtung nicht treffen dürfen. Ein staatsbürgerliches Ehrenamt mit Zwangspflicht zur Uebernahme ist mit einer Kautionspflicht nicht vereinbar."

Wie läßt sich die Verurtheilung der gesetzlichen Hypotheke des Mündels, wenn man nicht etwa die Martyrbilder selbst der mit Mündel- und anderen Hypotheken mühselig Beladenen als warnende Beispiele vorzuführen gedenkt, besser begründen? Man untergrabe den Einen nicht zum Schutze des Anderen! —

Indessen gestattet doch der Entwurf ähnlich der preußischen Vormundschaftsordnung dem Vormundschaftsrichter unter besonderen Umständen zur Stellung einer entsprechenden Sicherheit nach Ermessen anzuhalten. In den Erläuterungen zum Entwurfe der preußischen Vormundschaftsordnung ist aber ausgeführt, daß die Sicherheitsleistung nur als Ausnahmsmaßregel zu behandeln und insbesondere davon abhängig zu betrachten sei, welches Vertrauen dem Vormundschaftsrichter der Vormund, auf dessen Wahl er bisweilen in Ermangelung eines Besseren angewiesen ist, erweckt. Darum ist es auch dem Richter anheimgegeben, wenn er in der Folge größeres Vertrauen zu dem Manne gewinnt, die gestellte Sicherheitsleistung zu ermäßigen oder zu erlassen oder aber entgegengesetzten Falles, wenn der Mann ihm weniger zu gefallen beginnt, zu erhöhen. Die Zweckmäßigkeit der Maßregel wurde wesentlich darin gefunden, daß die Sicherheitsleistung nicht selten der strengeren Maßregel einer Absetzung vorgezogen werden würde. Wer aber das Verlangen einer Sicherheitsleistung als beschämende oder drückende Maßregel empfindet, ist sowohl nach der preußischen Vormundschaftsordnung, wie nach dem Entwurfe, welche beide die Uebernahme der Vormundschaft als Staatsbürgerpflicht erklären, berechtigt, die Uebernahme der Vormundschaft abzulehnen oder Enthebung von derselben zu verlangen. Die Motive zum Entwurfe halten es in den Fällen für unbedenklich, Sicherheit zu fordern, wo die Vormundschaft freiwillig übernommen wird, nicht um der Staatsbürgerpflicht zu genügen, sondern um die Uebertragung der Vormundschaft als persönliches Recht in Anspruch zu nehmen.

Der mehrerwähnte Berichterstatter der 1. und 2. Abtheilung des IX. Juristentages hat die Prophezeihung ausgesprochen, daß in der Regel die Sicherheitsleistung unterbleiben wird, weil in der Regel Niemand Vormund werden oder bleiben wird, der Sicherheit leisten soll.

Schaden können die Bestimmungen des Entwurfs über die Sicherheitsleistung keinesfalls. Meine Landsleute dürfen aber für die Beseitigung der unerträglichen Mündelhypotheke der Reichsgesetzgebung dankbar sein.

Die Sicherheit des Mündels ist in dem wohlorganisirten Schutzsysteme des Entwurfes, — in den Bestimmungen über Bestellung des Vormundes, über Inventur und Rechnungsablage, über getrennte Verwaltung des Mündelvermögens, über Verbot der Verwendung von Mündelgeldern in den Nutzen des Vormundes, über Auflösung und Gründung von Erwerbsgeschäften, über Anlage der überschüssigen Pupillengelder, über Erwerb, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, über Abschlüsse von Rechtsgeschäften, über Annahme geschuldeter Leistungen, über Hinterlegung und Zurücknahme von Werthpapieren und Kostbarkeiten, über Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes u. s. w. begründet.

Diese Bestimmungen haben durch die preußische Vormundschaftsordnung und die schon erwähnten elsaß-lothringer und bayrischen Novellen zum Theile schon Gesetzeskraft erhalten und bedürfen daher keiner besonderen Empfehlung für die Rechtsgebiete des Code civil.

Einer Abänderung der preußischen Vormundschaftsordnung in dem Entwurfe will ich meine besondere Huldigung nicht versagen. In die preußische Vormundschaftsordnung ist nämlich durch das Herrenhaus die Verfügung gekommen, daß bei der Auswahl des Vormundes auf das religiöse Bekenntniß des Mündels Rücksicht zu nehmen sei.

Der Justizminister bat, das Zustandekommen des Gesetzes durch einen Streit über „unschädliche Bestimmungen" nicht zu gefährden und bemerkte, durch Annahme des betreffenden Satzes werde das Ermessen des Richters nicht ausgeschlossen und dieser nicht gehindert, einem Evangelischen einen Katholiken oder einem Juden einen Christen (weiter erstreckten sich seine Beispiele nicht) zu bestellen. Obschon entgegengehalten wurde, daß heutzutage das Bekenntniß oft schwer festzustellen und die Bestimmung bei Geschwistern verschiedenen Bekenntnisses ohne Bestellung mehrerer Vormünder unausführbar sei, wurde dieselbe selbst von der Abgeordnetenkammer angenommen und

in den § 19 eingeschaltet. Der Entwurf hat eine derartige Bestimmung in das bürgerliche Gesetzbuch des Reiches aufzunehmen verschmäht. Daß noch in unabsehbarer Zeit, so lange nicht die Prophezeihung von einem Hirten und einer Heerde sich verwirklicht hat, bei Berufung des Vormundes der Vormundschaftsrichter auch das religiöse Bekenntniß des Mündels bei der Wahl des Vormundes berücksichtigen wird, das ist weder zu bezweifeln noch zu beanstanden. Eine besondere Weisung an den Richter in dieser Hinsicht paßt jedoch nicht in ein Gesetzbuch, das auf der verfassungsmäßigen Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetze beruht und nicht in einen Organismus, der die wichtigsten Fragen dem weisen Ermessen des Richters anheimgegeben hat. Es verdient, hervorgehoben zu werden, daß die Verfasser des Entwurfes es auch für unangemessen und bedenklich erachtet haben, den Gegensatz des konfessionellen Bewußtseins im deutschen Volke ohne zwingende Noth zu verschärfen. Möge keine plumpe Hand den feinen Takt des Entwurfes zerstören.

In dem Systeme des Entwurfes folgt der Vormundschaft über Minderjährige als eine zweite Klasse die Vormundschaft über Volljährige.

Die Vormundschaft über Volljährige wegen körperlicher Gebrechen ist dem Code civil unbekannt. Nur der Vernunft beraubte Personen können gerichtlich entmündigt werden und in Folge der Entmündigung gleich den Minderjährigen einen durch den Familienrath bestellten Vormund erhalten. Hat die Geistesschwäche keinen solchen Grad erreicht, daß der Entmündigungsantrag begründet erscheint, so hat — und zwar nur das ordentliche — Gericht die Befugniß, erforderlichen Falles einen Beistand (conseil judiciaire) zu bestellen. Ebenso kann das — ordentliche — Gericht dem von ihm als Verschwender Erklärten einen Beistand ernennen. Dieser mildere Grad der Entmündigung macht den Geistesschwachen, den Verschwender nicht handlungsunfähig, — beraubt ihn nicht des Rechtes der eigenen Vermögensverwaltung, nicht des Rechtes, Käufe und andere Verträge abzuschließen oder zu testiren, — der Mitwirkung des Beistandes bedarf es nur, um vor Gericht aufzutreten, einen Vergleich einzugehen, ein Anlehen aufzunehmen, ein Kapital einzuziehen und zu quittiren, Liegenschaften zu veräußern oder mit Hypotheken zu belasten.

Das durch die deutsche Civilprozeßordnung beseitigte gerichtliche Verfahren des Code civil zum Behufe der Entmündigung eines

Geisteskranken oder der Bestellung eines Beistandes für den Geistesschwachen und Verschwender zeugt, — davon abgesehen, daß es weder dem Geistesschwachen noch dem Verschwender die Freiheit entzog, sich zu ruiniren, von der ängstlichen Behutsamkeit des Gesetzgebers, in das Selbstverfügungsrecht eines zu seinen Jahren gekommenen Menschen einzugreifen.

Verschiedene der zur Beurtheilung des Code civil herangezogene Gerichte, das tribunal d'appel von Aix, Colmar, Montpellier 2c. hatten vergebens die Verschwendungssucht als Ursache der Entmündigung, — so gefährlich als irgend welche Geisteskrankheit, — gefordert. Das tribunal d'appel von Paris hingegen hatte diese Forderung als „souverainement injuste, attentatoire au droit de propriéte“ bezeichnet. Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Reich gestattet nicht nur die Entmündigung der vernunftberaubten und der Personen, deren Verschwendung ihren und ihrer Familie Unterhalt gefährdet, sondern unterstellt auch ohne Entmündigungsverfahren die Blinden, Tauben und Stummen, welche ihre Angelegenheiten nicht zu besorgen vermögen, im Einverständnisse derselben oder nach Befund des Vormundschaftsrichters, wenn er eine Verständigung mit ihnen für unmöglich hält, der Vormundschaft. Auch hier hat die preußische Vormundschaftsordnung als Muster gedient. Ich kann dem Entwurfe für diese Nachahmung keinen Beifall zollen.

Ist das von der deutschen Civilprozeßordnung eingeführte Verfahren in Entmündigungssachen schon bequemer als es der Achtung vor der persönlichen Freiheit eines Erwachsenen geziemen dürfte, so scheint es mir unzuläſsig, die Bequemlichkeit noch weiter zu treiben, selbst von dem kurzen prozessualischen Wege der Civilprozeßordnung zu entbinden und die Stellung unter Vormundschaft auch der Tauben, Blinden und Stummen dem Ermessen des Vormundschaftsrichters, der eine Verständigung mit denselben für unmöglich hält, anheimzugeben.

Nenne man doch den Mechanismus der Civilprozeßordnung in Entmündigungssachen nicht einen schwerfälligen weitläufigen Apparat. Das klingt den Ohren des noch mit der schützenden Form des Code civil vertrauten rheinischen Juristen wie Spott. Und sei's drum! Wenn das Gesetz in Uebereinstimmung mit dem Rechtsgefühle einen Entmündigungsantrag, die Angabe der ihn begründenden Thatsachen, ihren Beweis, ein Entmündigungsurtheil für unerläßlich hält, um einen als blödsinnig oder rasend bekannten Menschen unter Vormund-

schaft zu stellen, — wenn es dem Entmündigten die Anrufung des höheren Richters vermittelst der Anfechtungsklage vergönnt, — so hat es meines Erachtens keinen richtigen Sinn, ohne daß die Voraussetzung der Vormundschaft durch ein prozessualisches Verfahren festgestellt ist, — ohne Mittheilung an den Staatsanwalt, ohne Veröffentlichung, von kurzer Hand, — auf dem Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen Blinden, Tauben, oder Stummen, — selbst in Erfüllung seines Wunsches, — unter Vormundschaft zu stellen. Schaffe man lieber gleich das ganze Verfahren in Entmündigungssachen als zu weitläufig und schwerfällig auch für die Geisteskranken und Verschwender ab und gebe man dem Vormundschaftsrichter die Befugniß, welche die preußische Vormundschaftsordnung ihm, ohne in dem Entwurfe Nachahmung zu finden, bei der Pflegschaft verliehen hat, — geeigneten Falles nach Ermessen Jedem einen Vormund zu bestellen!

Selbst die Befugniß des Vormundschaftsrichters, eine vorläufige Vormundschaft, ohne jedes Vorverfahren, sobald nur der Entmündigungsantrag gestellt ist, anzuordnen, erscheint mir bedenklich. Wenn man aber bei den Idioten und bei den Rasenden sich mit einer „vorläufigen Vormundschaft" bis zur richterlichen Entscheidung zufrieden geben kann, so wird man auch dem mit einem körperlichen Gebrechen Behafteten, der sich angeblich nicht vorzustehen vermag, mit einer solchen zu Hilfe kommen und im Uebrigen bis zur Erledigung des prozessualischen Verfahrens sich gedulden können!

Allerdings soll die Vormundschaft über den körperlich Gebrechlichen auf seinen Antrag aufgehoben werden und tröstet der Entwurf über Mißgriffe des Vormundschaftsrichters mit dem Rechtsmittel der Beschwerde; — mich will aber bedünken, daß man die Stellung eines Volljährigen unter Vormundschaft nicht als Akt — der freiwilligen Gerichtsbarkeit behandeln darf.

Wird die Stellung unter Vormundschaft über Volljährige, diese Degradirung des Rechtssubjektes gewissermaßen zum Rechtsobjekte, schlechthin an die beruhigende Voraussetzung des civilprozessualischen Entmündigungsverfahrens geknüpft, so wird auch dem trefflich begründeten Entmündigungsantrage des Herrn Kollegen Fuld in Mainz gegen die Traurigsten der Menschen, die Gewohnheitstrinker, ja sogar einem noch weiter gehenden Entmündigungsantrage gegen alle Diejenigen, welche wegen ihres verkommenen, krankhaften oder hilflosen Zustandes unfähig sind, selbst sich vorzustehen oder durch ihren

Lebenswandel ihren und ihrer Familie Lebensunterhalt gefährden, stattzugeben sein.

Eine elterliche Gewalt giebt es natürlich bei dem geschäftsunfähigen Volljährigen nicht; hört dieselbe ja mit der Volljährigkeit auf. Den Eltern steht daher auch das ihnen während des Bestehens der elterlichen Gewalt eingeräumte Recht der Benennung eines Vormundes sowie das Recht, Anordnungen über Einsetzung und Aufhebung eines Familienrathes oder die Wahl seiner Mitglieder zu treffen, nicht zu. Hingegen ist das Anrecht des Vaters oder der Mutter sowie der Großväter auf Berufung zur Vormundschaft über den volljährigen Schutzbedürftigen anerkannt.

Ihrem Zwecke nach ist die Vormundschaft über Volljährige der über Minderjährige gleich und daher ähnlichen Bestimmungen unterworfen. Richtig ist aber das in dem Entwurfe, meines Erachtens jedoch nicht scharf genug betonte Prinzip, daß die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten sich nur auf das Nöthige beschränken soll. So sehr in der Regel wegen der Unmöglichkeit, alle Fälle vorzusehen, eine Kasuistik des Gesetzes zu widerrathen ist, — so gerne ich die Maxime der Verfasser des Code civil: on gouverne mal quand on gouverne trop, anerkenne, — so würden mir doch untergebens genauere Grenzbestimmungen für die Zwangsgewalt der Vormundschaft in persönlichen Angelegenheiten des Volljährigen höchst angemessen erscheinen. Die Frage, was nöthig ist, kann den Vormund und Vormundschaftsrichter leicht in Verlegenheit und in Streit versetzen.

Das Institut der befreiten Vormundschaft ist dem französischen Rechte, wenn es auch unerhebliche gesetzliche Vergünstigungen der elterlichen Vormünder anerkennt, selbst dem Begriffe nach, fremd.

Die Freiheit der Bewegung, deren der Vormund des französischen Rechtes unter der milden Herrschaft des Familienrathes genießt, ließ die Erfindung eines förmlichen Systems von Vergünstigungen, welche nach altem und neuem preußischen Rechte zur Milderung der Gesetzesstrenge durch Privatwillkür gestattet werden kann, keinen Raum. Der Entwurf hat geglaubt, dem Institute nicht ganz entsagen zu dürfen. Er glaubt es als Nachwirkung der elterlichen Gewalt betrachten zu müssen, wenn den Inhabern der elterlichen Gewalt gestattet wird, der Benennung eines Vormundes gewisse Befreiungen von gesetzlichen Pflichten beizufügen, — er glaubt, der Billigkeit es

schuldig zu sein, wenn dem Erblasser, welcher durch Zuwendung von Vermögen sein besonderes Wohlwollen für den Mündel an den Tag legt, die Befugniß zugestanden wird, zu Gunsten des von ihm benannten Pflegers die gesetzlichen Schranken zu beseitigen, — insbesondere das Verbot der Offenlegung des Vermögensverzeichnisses auszusprechen.

Mir kann das Institut der befreiten Vormundschaft nicht gefallen. Erscheint die Strenge des Gesetzes zu hart, so mildere man diese Härte für Jedermann, — so mildere man das Gesetz. Dasselbe muß so beschaffen sein, daß es von Jedem ohne Widerwillen beobachtet und ertragen werden kann. Was im Falle der Befreiung durch Privatwillkür entbehrlich erscheint, — das ist entbehrlich. Wenn der Entwurf sogar das Verbot der Offenlegung des Vermögensverzeichnisses in fast rührender Weise den Herzen freigebiger Kaufleute nahe legt, so hat er, sonst doch so collossal vertraut mit Allem, was sich jemals auf dem Gebiete der Gesetzgebung ereignet hat, nicht bedacht, daß es deutsche Länder giebt, wo die Steuerbehörde, damit keine Kapitalrenten- oder Erbschaftssteuer hinterzogen werde, an jedem Sterbebette Wache halten und das Vermögensverzeichniß über die Hinterlassenschaftsmasse von den Erben und Vermächtnißnehmern erzwingen kann. Man vergleiche zum Beispiel das bayerische Gesetz über die Capitalrentensteuer v. 19. Mai 1881, Art. 25 und über die Erbschaftssteuer v. 18. August 1879, Art. 30, 31 u. 40.

Eine Wissenschaft, welche der Steuerbehörde nicht vorenthalten werden darf, dem Vormundschaftsrichter zu verschließen, scheint keinen rechten Sinn zu haben.

Das Institut der befreiten Vormundschaft, welches der Einfachheit des Gesetzes und der Gleichheit vor dem Gesetze Abbruch thut, könnte füglich unterbleiben.

Der Entwurf läßt der Vormundschaft, das ist dem Person und Vermögen des Hilfsbedürftigen umfassenden Schutzsysteme, die Pflegschaft, das ist ein von der Vormundschaft dem Wesen nach nicht verschiedenes beschränktes System des Schutzes in einzelnen Fällen und Angelegenheiten folgen. Das französische Recht kennt die Pflegschaft als einheitliches Rechtsgefüge nicht. Ihre Spuren sind weithin zerstreut, und man muß sich Mühe geben, in dem Code civil und dem Code de procédure civil alle möglichen Kuratelen aufzusuchen und ihre Bedeutung kennen zu lernen. So findet man eine Kuratel für den — glücklicher Weise längst begrabenen — bürgerlich

Todten (Curateur spécial, Code civil Art. 25), — für die Leibesfrucht der verwittweten Frau (Curateur au ventre, Code civil Art. 393), für den Mündiggesprochenen (Curateur à l'émancipation, Code civil 482), für die ledige Verlassenschaft (Curateur à la succession vacante, Code civil Art. 812), — für den Taubstummen zur Annahme einer Schenkung (Curateur au sourd-muet, Code civil Art. 1055), für die wegen Unterpfandes abgetretene Liegenschaft (Curateur à l'immeuble délaissé, Code civil Art. 2171), für die Beneficiarmasse (Curateur au bénéfice d'inventaire, C. d. pr. c. Art. 1048).

Eine gesetzliche Kuratel gleich der gesetzlichen Vormundschaft giebt es im französischen Rechte nicht. Der Kurator wird in einigen Fällen durch das Gericht und in anderen Fällen durch den Familienrath bestellt. Der Curator absentis ist eine von dem code civil nicht erwähnte Schöpfung der Jurisprudenz, abgeleitet aus der Bestimmung, daß im Falle des Bedürfnisses auf Antrag der Betheiligten von dem ordentlichen Richter das Geeignete vorgesehen werden soll (Code civil Art. 112). Die Vertretung des Vermißten bei Vermögenstheilungen soll der Richter einem sogenannten Notär-Repräsentanten übertragen, was in der Regel nur geschieht, wenn nicht auf Bestellung eines Kurators angetragen worden ist. Die Befugnisse des Einen wie des Anderen sind viel umstritten.

Der Unbefangene muß immer wieder entdecken, daß der prächtige Bau des Code civil viel unschönes Gewinkel hat, worin es so leicht nicht ist, sich zurecht zu finden und man sich wohnlicher fühlen wird in einem Bau, dem es zwar an Mängeln, die den Werken der Menschen unvermeidlich anzuhaften pflegen, schwerlich gebricht, der aber in einem lichten Raume und unter einer Decke das Zusammengehörige vereint. Das ist in dem Entwurfe wie mit der Vormundschaft so mit der Pflegschaft der Fall.

Ohne der generellen Befugniß des preußischen Vormundschaftsrichters, der in allen ihm geeignet scheinenden Fällen einen Pfleger bestellen kann, Raum zu geben und ohne die Bestimmungen anderer Rechtsgebiete wie z. B. der Strafprozeßordnung, §§ 334 und 480 heranzuziehen, hat der Entwurf die Rechtsgründe der Bestellung einer Pflegschaft unter einem gemeinsamen Titel zusammengestellt und über die gemeinsamen Rechtsgrundsätze der Materie keinen Zweifel gelassen.

„Der begriffliche Gegensatz der Pflegschaft zur Vormundschaft ist lediglich der des Besonderen zum Allgemeinen," sagen die Motive.

Dem Einwande, man hätte dann die Pflegschaft ganz vermeiden

und die Vollmacht des Vormundes in den für die Pflegschaft vorgesehenen Fällen auf einen bestimmten Wirkungskreis beschränken können, begegnet der Entwurf mit dem Hinweise darauf, daß von Alters her schon der Sprachgebrauch das Bedürfniß der Unterscheidung des Kurator und Tutor versinnlicht hat und es sicher als praktischer Gewinn erscheint, wenn die beschränkte Vollmacht des Vertreters schon in seiner Benennung sich offenbart!

Aller Neigung ungeachtet, möglichst zu vereinfachen, kann ich nicht umhin, dem Entwurfe Recht zu geben.

Der Sprache des Entwurfs vermag ich die hervorragendsten Eigenschaften jeder Willensäußerung und insbesondere der Gesetzgebung: Klarheit und Verständlichkeit, nicht abzusprechen.

Die Sprache der preußischen Vormundschaftsordnung zeichnet sich aber meines Erachtens durch knappere Form und elegantere Fassung aus. In vielen Fällen hat zwar der Entwurf sogar den Wortlaut der preußischen Vormundschaftsordnung aufgenommen, es hätte dieses aber öfter geschehen können. Auf die Sprache bezieht sich auch meine Anerkennung einer sorgsamen Ueberarbeitung der preußischen Vormundschaftsordnung nicht. Ich weiß z. B. nicht, warum der Entwurf die kurze Bestimmung des § 27 der preußischen Vormundschaftsordnung über den Zweck der Vormundschaft, die sich noch knapper dahin hätte fassen lassen:

> Dem Vormunde liegt die Sorge für Person, Vermögen und Vertretung des Mündels, soweit nicht in gewissen Fällen und Angelegenheiten ein Pfleger bestellt ist, ob, —

in drei §§ 1648, 1649 und 1650 zerlegt und in der Bestimmung des § 1674 nicht der Kürze der §§ 41 und 42 der preußischen Vormundschaftsordnung sich beflissen hat.

Ohne weiter mich auf Einzelnheiten zu werfen, — immer von der schon Anfangs bekundeten Absicht geleitet, nur vergleichende Betrachtungen zwischen den Grundelementen der Vormundschaft des Code civil und des Entwurfes anzustellen sowie die Gründe meines Abfalls von denen des Code civil anzudeuten, kann ich zum Schlusse folgende Bemerkungen nicht unterdrücken:

Der Kritik des Vormundschaftssystems des Entwurfs insbesondere, was die sogenannte Tyrannis des Vormundschaftsrichters betrifft, ist zur Stunde noch ein Hilfsmittel von höchster Bedeutung versagt, nämlich die Kenntniß des einzuführenden Rechtsmittelverfahrens.

Mir hat bei der Billigung des strammen Vormundschaftssystems des Entwurfs als wesentliche Bedingung vorgeschwebt, daß in diesem Verfahren allen Betheiligten gegen die Beschlüsse des Vormundschaftsrichters das Rechtsmittel der Beschwerde zum Landgerichte sowie der weiteren Beschwerde zum Oberlandesgerichte gestattet und der Beschwerdeführer in beiden Rechtszügen zugelassen wird, nicht nur Gesetzesverletzungen des Vormundschaftsrichters sondern auch sein Ermessen, das auf der Würdigung rein thatsächlicher Verhältnisse beruht, anzufechten. Der Schutz des Hülfsbedürftigen ist Zweck der Vormundschaft. Diesen Zweck erreicht das stramme System des Entwurfes besser als das — bis auf die Generalhypotheke — patriarchalischere System des Code civil. Aber nicht nur der Mündel ist zu schützen, sondern auch der Vormund ist nicht diesem Schutze preiszugeben.

Die Staatsbürgerpflicht der Uebernahme einer Vormundschaft ist besonders für jeden, der noch andere Sorgen hat als für den Mündel und täglich den Kampf um's Dasein kämpfen muß, eine schwere, durch unausgesetzte Kontrolle der Obervormundschaft doppelt empfindliche Last, die nur erleichtert werden kann durch das Bewußtsein, gegebenen Falles wider Ungeschicklichkeiten und Uebergriffe bei den höheren Gerichten Gehör und Genugthuung zu finden.

Mittheilung des Ausschusses.

Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins hat angeordnet, daß der Reichsjustizverwaltung und den Landesjustizverwaltungen je ein Exemplar der Gutachten überreicht werden. Der Kommission für den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs werden 15 Exemplare überreicht.

Die Anspruchsverjährung des Entwurfs.

Von Rechtsanwalt Dr. Gust. Lehmann in Dresden.

Die Lehre von der Anspruchsverjährung ist in dem Entwurfe so vorzüglich gearbeitet, daß der Kritik nur wenig zu sagen bleibt.

Das preußische Gesetz über kurze Verjährung vom 31. März 1838 unterwarf, einigermaßen anlehnend an den code civil, die Forderungen der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler, Handwerker 2c. nur gegenüber den Konsumenten der zweijährigen Verjährung. Diese Beschränkung ging dann in viele deutsche Verjährungsgesetze über. Nur einige derselben, namentlich die von Hannover (1850), Württemberg (1852), Braunschweig (1853), Bremen (1868) 2c. nahmen sie nicht auf. Ebenso hat der Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes (1866) von ihr abgesehen. Es ist nur anzuerkennen, daß auch der deutsche Entwurf bei den § 156 sub 1 bemerkten Ansprüchen der Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker 2c. sie nicht kennt; da sie nur geeignet ist, die Handhabung des Verjährungsgesetzes erheblich zu erschweren. Um so weniger ist zu verstehen, warum man bei den Erzeugnissen der Landwirthschaft auf diese Beschränkung wieder zukommt. Es sollen nämlich die Ansprüche der Landwirthe für landwirthschaftliche Erzeugnisse, insbesondere für Lebensmittel und Brennmaterialien, nur dann der zweijährigen Verjährung unterliegen, wenn dieselben zur Verwendung im Haushalte geliefert worden sind. Während ohne Ausnahme alle Forderungen der Gewerbtreibenden und Kaufleute 2c. für die Lieferung von Waaren und Herstellung von Arbeiten, gleichviel von welcher Höhe sie sind, unter die kurze Verjährung gestellt werden, sollen die Landwirthe eine Ausnahme davon machen und nur bedingt unter diese Verjährung fallen. Diese Beschänkung liegt wie

ein fremder Körper in der Lehre der kurzen Verjährung drin. Sie wird auch in keiner Weise in den Motiven irgend wie begründet. Es ist sehr zu wünschen, daß sie in Wegfall kommt, da sie nur zu leicht zu mißlichen prozessualen Weiterungen führen kann, nicht einmal im Interesse der Landwirthe liegt und gegen die Grundsätze der Parität verstößt. Nach dem Bremer Verjährungsgesetze von 1868 unterliegen Forderungen der Landleute und sonstigen Produzenten für gelieferte Waaren, nach dem schweizerischen Obligationsrechte von 1883 überhaupt Ansprüche für gelieferte Lebensmittel ohne irgend welche Einschränkung der kurzen Verjährung.

Betreffs der übrigen der zweijährigen Verjährung unterworfenen Ansprüche ist nichts zu bemerken. Höchstens könnte man die Künstler vermissen, da die große Mehrzahl derselben sich mit kleineren, dem Gebiete der Kunst angehörenden Arbeiten beschäftigt. Die Ansprüche für solche Leistungen sind in der Regel auf schnelle Abwicklung berechnet und fallen daher mit Recht unter die kurze Verjährung. Forderungen für große künstlerische Schöpfungen, die wohl besser der ordentlichen Verjährung zu unterstellen wären, sind Ausnahmen. Die Gesetzgebung hat ihre Bestimmungen nur nach dem zu treffen, was Regel, und nicht was Ausnahme ist.

Die Ansprüche auf Rückstände von rechtsgeschäftlich bestimmten Zinsen, von Pacht- und Miethzinsen, von Renten ꝛc. unterliegen nach § 157 einer vierjährigen Verjährung. Man ist bei der kurzen Verjährung des Entwurfes dem preußischen Verjährungsgesetze (1838) gefolgt, das eine zwei- und eine vierjährige Frist enthält. Einige später erlassene deutsche Verjährungsgesetze haben diese preußische Eintheilung fallen lassen und statt der zwei- und vierjährigen eine einzige, meist eine dreijährige Verjährung eingeführt. Auch der gedachte Dresdner Entwurf hat die zwei verschiedenen Fristen des preußischen Gesetzes in eine dreijährige zusammengeschmolzen, „da die Aufstellung einer einzigen Frist den Vorzug der Einfachheit für sich habe". Diese Verschmelzung ist jedenfalls nur zu loben. Eine zweijährige Frist ist doch etwas zu kurz gegriffen, namentlich wenn man bedenkt, daß schon an sich die deutsche kurze Verjährung sehr streng gefaßt ist, da sie nicht blos, wie das nach dem code civil der Fall, eine durch Eidesantrag zu entkräftende Vermuthung für die Tilgung des Anspruches erzeugt, sondern denselben ohne Weiteres zerstört. Es wäre daher zu wünschen, daß das deutsche Civilgesetzbuch nur eine einzige Frist für kurz verjährende Forderungen enthielte.

Der Entwurf ist darin der Mehrzahl der deutschen Verjährungsgesetze gefolgt, daß er nur vereinbarte Zinsen, nicht Zinsen überhaupt, der kurzen vierjährigen Verjährung unterwirft. Er motivirt dieß damit, daß „Verzugszinsen ihrer Natur nach ebenso wie sonstige gesetzliche Zinsen keiner anderen Verjährung, als der für den Hauptanspruch unterliegen könnten". Das ist nicht ganz richtig. Ebenso gut ließe sich sagen, daß vereinbarte Zinsen ihrer Natur nach unter eine andere Verjährung als die der Stammforderung nicht fallen können. Denn Zinsen sind Zinsen. Sie sind Früchte des Capitals, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde sie erstehen. Der Gedanke, Zinsen der kurzen Verjährung zu unterwerfen, ruht auf der Erwägung, daß im Interesse des Schuldners die allzu große Zinsansammlung vermieden werde. In Verlassenschaften werden nicht selten Schuldscheine gefunden, aus denen sich ergiebt, daß der Erblasser auf Zeit ein unverzinsliches Darlehn gegeben hat. Er hat vielleicht nie ernstlich daran gedacht, dasselbe zurückzufordern. Die Erben aber machen von ihrem Rechte Gebrauch und ziehen es häufig unter schwerer Bedrückung des Schuldners mit den Zinsen des Vorzugs ein, die nur zu oft in ihrem angesammelten Betrage der Summe des Capitals gleichkommen. Die kurze Verjährung für Zinsen ist dem code civil (Art. 2277) entnommen und weil daselbst gesagt ist, Zins von dargeliehenen Geldern und überhaupt alles, was jährlich oder in kürzeren periodisch wiederkehrenden Fristen zahlbar sei, verjähre in fünf Jahren, so haben die deutschen Gesetze nur vereinbarte Zinsen unter die kurze Verjährung gestellt, da in der Regel nur sie jährlich, bez. in kürzeren periodisch wiederkehrenden Fristen zahlbar sind. Die Frage, ob unter die fünfjährige Verjährung des code civil Zinsen aller Art oder nur vereinbarte Zinsen fallen, war in Frankreich controvers, bis der Cassationshof dahin entschied, daß unter den Zinsen des Art. 2277 Zinsen jeder Art zu verstehen seien. Diese Auffassung entspricht auch entschieden der Intention des Gesetzgebers. Gerade die gesetzlichen und die Verzugszinsen sind eine größere Gefahr für den Schuldner, wie die vereinbarten. Ihre Ansammlung vollzieht sich meist still. Oft hat der Schuldner selbst keine Ahnung davon. Indem eine kürzere Verjährung für Zinsen aller Art bestimmt wird, kommt der Staat nur der ihm obliegenden Pflicht nach, die schützende Hand auf den wirthschaftlich Schwächeren zu legen. Im Sinne der französischen Auffassung haben die Gesetze von Bayern (1859) und Hessen (1853), ingleichen der hessische Ent-

wurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs (1842), sowie das schweizerische Obligationsrecht Zinsen ohne Einschränkung der kurzen Verjährung unterworfen.

Der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes sind verschiedene Petitionen von Handels- und Gewerbekammern, von kaufmännischen und Gewerbevereinen zugegangen, in denen gebeten wird, die kurze Verjährung auf ein Jahr herabzumindern. Man verhofft damit, dem eingerissenen Borgsystem wirksamer entgegenzutreten. Die Petenten sind darin entschieden im Irrthume. Gegenüber festwurzelnden wirthschaftlichen Zuständen, selbst wenn man sie, wie das Borgsystem, als Mißstände bezeichnen muß, vermögen Gesetze in der Regel nicht viel. Der Geschäftsmann, der auf einer kurzen Verjährung fußend, seine Kunden zur Zahlung oder Anerkennung der Schuld drängen wollte, würde wohl in kurzer Zeit den besseren Theil derselben verlieren. Dem mißlichen Borgunwesen wird sich nur dadurch einigermaßen beikommen lassen, daß bei baldiger Zahlung ein reeller Rabatt gewährt wird, wie das in England und Amerika mit Erfolg geschieht. Die Kommission hat daher mit Recht diese Petitionen auf sich beruhen lassen.

Es ist ein Fehler des Entwurfes, daß er als ordentliche Verjährung die gemeinrechtlich dreißigjährige wieder aufgenommen hat. Dieser lange, fast ein Menschenalter währende Zeitraum hat keine Basis mehr in den jetzigen Verkehrsverhältnissen. Es geht das schon daraus hervor, daß seit den letzten vierzig Jahren das Gebiet der kurzen Verjährung immer mehr erweitert worden ist. Dreiviertel aller Ansprüche, soweit solche überhaupt von der Verjährung betroffen werden, unterliegen jetzt bereits der kurzen Frist. Einen eigenthümlichen Eindruck macht es daher, wenn die Verjährung des restlichen Viertels wieder in den weiten Zeitraum von dreißig Jahren hinausgerückt wird. Eine Frist von zehn Jahren würde vollauf genügen. Sie hätte gleich der kurzen Verjährung von zwei und vier Jahren mit Schluß des Jahres zu beginnen, in dem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden konnte. Die Motive bemerken treffend zur Begründung des Verjährungsinstitutes überhaupt, der Verkehr vertrage es nicht, in der Vergangenheit liegende Ansprüche in einem Zeitpunkte geltend zu machen, wo der Gegner in Folge der verdunkelnden Macht der Zeit nicht mehr in der Lage sei, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerthen. Mit diesen Worten könnte ein Gesetzgeber auch ganz sachgemäß

motiviren, warum eine dreißigjährige Frist für die Verjährung zu lang sei. Denn die verdunkelnde Macht der Zeit zeigt sich jetzt bei der gänzlich veränderten Gestalt des Verkehrs schon mit Ablauf von zehn Jahren in vollem Maße. Das Festhalten an der Frist von dreißig Jahren wird in den Motiven unter Anderm mit der Art und Weise begründet, wie im Entwurfe der Beginn der Verjährung normirt sei. Es mag sein, daß es, seitdem man die von der älteren Doktrin vertretene Verletzungstheorie aufgegeben hat, dem Laien manchmal schwer fallen wird, den Anfang des Verjährungslaufes zu erkennen. Die Verjährung eines Anspruches kann jetzt schon ihren Anfang nehmen, bevor der Anspruch überhaupt entstanden ist (§ 158 Abs. 3). Beim unverzinslichen Darlehn, das auf dreimonatliche Kündigung gegeben ist, beginnt die Verjährung nicht nach erfolgter Kündigung mit Ablauf von drei Monaten, sondern bereits vom Empfang des Darlehns an und geht mit Ablauf der Verjährungszeit unter Zurechnung der Kündigungsfrist zu Ende. Behält sich Jemand beim Verkauf einer Sache für die Zukunft den Rückkauf vor, so fängt die Verjährung des Rückkaufsrechtes sofort mit Abschluß des Vertrages und nicht erst mit dem Zeitpunkte zu laufen an, wo der Rückkauf verlangt und vom Gegner verweigert wird. Bei Ueberlassung einer Sache zum prekaristischen Besitze nimmt die Verjährung des dinglichen Anspruches sogleich mit der Besitzübernahme ihren Anfang. Beim Depositum läuft die Verjährung des persönlichen und dinglichen Anspruches des Deponenten vom Moment der Deposition ab. In solchen und ähnlichen Fällen könnte allerdings bei einer kürzeren ordentlichen Verjährungsfrist manchmal Gefahr drohen und der Laie bereits nach Ablauf eines Dezennii seines Anspruches verlustig gehen, ohne gewußt zu haben, daß seine Forderung überhaupt von der Verjährung betroffen werde. Andererseits kann man aber annehmen, daß, wer während des immerhin langen Zeitraumes von zehn Jahren von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, wenig Interesse an dessen Geltendmachung hat und voraussichtlich auch im Laufe von dreißig Jahren davon keinen Gebrauch machen würde. Ueberdem stehen die Fälle, in denen juristisches Wissen erforderlich ist, um den Anfang der Verjährung zu bestimmen, doch immer vereinzelt da. Meistens wird der Zeitpunkt, wo die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann und sonach der Verjährungslauf beginnt, namentlich auch überall da, wo eine bestimmte Erfüllungszeit vorgeschrieben ist oder ein bedingter Anspruch vorhanden, mit dem Zeit-

punkte zusammenfallen, der ebenfalls nach der Auffassung des Laien der Fälligkeitstermin des Anspruches ist. Auch das der Kündigung unterliegende Darlehn giebt keinen Anlaß zu Bedenken, wenn es verzinslich ist, da durch jede Zinszahlung die Verjährung unterbrochen wird. Wo das Recht ein Unterlassen gebietet, beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung, also mit einem Akte, der auch nach der dem Laien verständlichen Verletzungstheorie der Verjährungsanfang des Anspruches ist. Ueberdem hat der Entwurf, insbesondere in den §§ 397, 411, 571, 719, 1230, 1578, 1952 und 1999 genau bestimmt, von welchem Zeitpunkte an in theilweiser Abweichung von dem aufgestellten Grundsatze die Verjährung zu laufen hat. Es kann sonach das Prinzip des Entwurfes über Anfang der Verjährung die Beibehaltung der dreißigjährigen Frist nicht genügend begründen. Wäre das richtig, was die Motive nach dieser Richtung hin sagen, so würde es gar nicht zu verantworten sein, neben der dreißigjährigen Verjährung noch eine von zwei und vier Jahren — abgesehen von noch kürzeren Terminen — wieder einzuführen. Denn die Bestimmungen über Verjährungsanfang kommen in gleicher Weise bei der ordentlichen, wie bei der kurzen Frist zur Anwendung.

Die Zeit ist gekommen, wo die ordentliche Verjährung von dreißig Jahren auf zehn Jahre herabzusetzen ist. Zu diesem kürzeren Zeitabschnitte haben sich auch schon moderne Gesetzgebungen bei Forderungen aus Schuldverhältnissen, Hannover (1850), Lübeck (1859), Braunschweig (1853), Bremen (1868), bekannt. Im Bremer Gesetz wird ausdrücklich hervorgehoben, daß dasselbe bezwecke: „die Unzuträglichkeiten zu beseitigen, die für die heutigen Verkehrsverhältnisse aus der gemeinrechtlichen regelmäßig langen Dauer der Verjährung erfahrungsgemäß erwüchsen.“ Als man den Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes berieth, wurde die Frage nach der Zeitdauer der ordentlichen Verjährung ganz eingehend diskutirt. Die erste Vorlage enthielt die gemeinrechtlichen dreißig Jahre. Diese Frist ward nach lebhaften Debatten schließlich auf zehn Jahre herabgesetzt. Ein Vertreter der zehnjährigen Frist bemerkte bei der Berathung treffend: *) „es werde nur wohlthätig wirken, wenn durch Bestimmung einer kürzeren Verjährungsfrist der Berechtigte seine Forderungen, wo nicht durch gänzliche Abwickelung, so doch in ihren thatsächlichen Voraussetzungen und zwar wo erforder-

*) Protokolle S. 1391.

lich durch Klaganstellung zu einer Zeit schon zur Gewißheit und in Ordnung zu bringen genöthigt sein werde, wo die einschlagenden Verhältnisse noch nicht verdunkelt seien." In dem Dresdner Entwurfe kommen übrigens, was den Beginn der Verjährung betrifft, schon dieselben Grundsätze zur Anwendung, die der vorliegende deutsche Entwurf enthält. In den meisten Kantonen der Schweiz galt bereits seit langer Zeit eine kurze in der Regel sich nicht über zehn Jahre erstreckende Verjährung für Ansprüche aller Art. Die Schweizer schufen ihr Verjährungsrecht ganz nach praktischem Bedürfniß, unbekümmert um das bei ihnen nie eingedrungene römische Recht. Das Züricher Privatrecht vom Jahre 1855 enthält eine ordentliche Verjährung von nur zehn Jahren. Auch die letzte gesetzgeberische Arbeit der Schweiz, das mehrgedachte, den dinglichen Mobiliarverkehr mit umfassende schweizerische Obligationsrecht kennt als ordentliche Verjährung nur die zehnjährige Frist. Der Anfang des Verjährungslaufes wird in ihm im Wesentlichen ganz in derselben Weise, wie in dem vorliegenden deutschen Entwurfe normirt. In England verjähren alle Forderungen aus Vertragsverhältnissen, dafern sie nicht beurkundet sind, bereits mit Ablauf von zwölf Jahren.

Neben der ordentlichen Verjährung von zehn Jahren möchte für ein paar Fälle eine außerordentliche von zwanzig Jahren beibehalten werden. Eine solche würde am Platze sein bei Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen. Denn da die Verjährung solcher Forderungen ihren Anfang mit dem Delikt nimmt — gleichviel, ob der Schaden und bez. der Schädiger bekannt sind — so wäre bei einer nur zehnjährigen Frist der Fall wohl denkbar, daß man den Schädiger zu einer Zeit entdeckte, bez. zur Strafe zöge, wo die Verjährung des civilrechtlichen Ersatzanspruches bereits eingetreten. Es könnte daher hier bei dem an das österreichische B. G. B. (§ 1489) anschließenden § 719 des Entwurfes im Wesentlichen verbleiben, wonach der Anspruch aus dem Delikt binnen drei Jahren von dem Zeitpunkte an, wo der Geschädigte Kenntniß von dem Schaden und der Person des Schädigers erhalten, in jedem Falle aber, wenn diese kurze Frist nicht Platz greift, innerhalb dreißig Jahren von der Deliktbegehung ab zu verjähren hat. Nur wäre an Stelle der dreißigjährigen eine zwanzigjährige Frist zu setzen. Ebenso ließe es sich rechtfertigen, unter gewissen Voraussetzungen bei Erbschaftsansprüchen, sowie bei der Eigenthumsklage, dafern mit ihr gegen den schlechtgläubigen Erwerber vorgegangen wird, eine außerordentliche Verjährung von

zwanzig Jahren zuzulassen. Auch das schweizerische Obligationsrecht geht bei deliktischen Ersatzforderungen über seine ordentliche Verjährung hinaus, indem es in Art. 69 anordnet, daß, wenn die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet werde, für welche das Strafrecht eine längere, denn die ordentliche (zehnjährige) Verjährung vorschreibe, diese auch für den Civilanspruch zu gelten habe. Die Eigenthumsklage des schweizerischen Obligationsrechtes ist gegenüber dem unredlichen Erwerber unverjährbar (Art. 207).

Bedenklich fällt es, die Verjährung erst durch Zustellung der Klage und des Zahlungsbefehls und nicht bereits durch deren Einbringung unterbrechen zu lassen. Denn wenn der Beklagte plötzlich seine Wohnung oder seinen Wohnort gewechselt hat, kann der Kläger durch den hierdurch veranlaßten Zustellungsverzug leicht gefährdet werden. Mit Rücksicht auf diese Gefahr lassen viele deutsche Gesetze, der neueren gemeinrechtlichen Doktrin folgend, die Verjährung schon durch Anbringung der Klage bez. des Zahlungsbefehls unterbrechen. Es empfiehlt sich daher hier im Anschluß an § 190 der C. P. O. die auch dem gemeinen Rechte nicht fremde Rückziehung, derzufolge, wenn durch Zustellung der Lauf der Verjährung unterbrochen werden soll, die Wirkung derselben auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des Antrages zurückbezogen wird. Vor allem die namentlich dem Geschäftsmanne nur zu schnell über den Hals kommende zweijährige Verjährung macht eine solche Vorschrift dringend nöthig.

Der § 166 ist nicht mehr zeitgemäß. Die Verjährungsprivilegien der Minderjährigen und derer, die ihnen gleich zu achten sind, hatten in früheren Zeiten ihren guten Grund, wo das Vormundschaftswesen noch ziemlich im Argen lag. Jetzt wo dasselbe in Deutschland sehr gut geordnet ist und nach dem Entwurfe eine ganz vorzügliche Organisation erhalten soll, entbehren sie, mögen sie noch so eingeschränkt sein, aller und jeder Begründung. Auch der vereinzelte Fall, daß ein plötzlich geisteskrank Gewordener oft noch eine Zeit lang ohne vormundschaftliche Vertretung bleibt, rechtfertigt einen Eingriff in den Lauf der Verjährung nicht. Tritt so etwas ein, so ist es dann, wie das ja fast immer geschieht, Sache der ihm Nahestehenden, die Leitung seiner rechtlichen Angelegenheiten in die Hand zu nehmen bez. zu überwachen, bis die Vormundschaft bestellt ist. Man sieht auch nicht ein, wie die juristischen Personen dazu kommen, daß im Fall sie nicht gehörig vertreten sind, die gegen sie laufende Verjährung, gleich wie bei den Geschäftsunfähigen, nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach

dem Zeitpunkte vollendet werden soll, wo der Vertretungsmangel gehoben ist. In einer mit Rechtssubjectivität versehenen Gesellschaft sind ernste Differenzen. In Folge dessen kommt die Vertretung vielleicht lange Zeit nicht in Ordnung. Soll deshalb unter der in § 166 gedachten Voraussetzung der Verjährungslauf gegenüber der Gesellschaft gehemmt sein? Es hieße das eine Prämie auf die Unordnung setzen. Diese Bestimmung wird um so bedenklicher, als Deutschland unverkennbar ein starker Producent von juristischen Personen ist. Hierzu kommt noch, daß durch solche Hemmung nach § 884 im Gebiete des dinglichen Rechtes auch gleichzeitig der Ersitzungsprozeß gestört wird. Es dürfte an der Zeit sein, mit diesen Vorrechten endlich einmal zu räumen. Sie haben sich bei der Verjährung, gleich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Privilegien des Fiskus, der Städte 2c. vollständig überlebt. Bereits im code civile (Art. 2278) kommen sie bei der kurzen Verjährung in Wegfall. Ebenso nach preußischem Rechte. Desgleichen werden sie im Art. 149 des deutschen Handelsgesetzbuches, soweit es sich um Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft handelt, bei bevormundeten und juristischen Personen ausgeschlossen. In ähnlicher Weise verfahren die Reichsgesetze vom 4. Juli 1868 und 7. Juni 1871. Das Züricher Privatrecht und das schweizerische Obligationsrecht kennen diese Privilegien gar nicht.

Es liegt gar kein Grund vor, während der Vormundschaft den Verjährungslauf, wie das § 168 geschehen, bei Ansprüchen zu hemmen, die ein Vormund gegen den Mündel hat. Treten solche Ansprüche zu Tage, so ist es Sache des Vormundes, dies dem Vormundschaftsgericht zur Kenntniß zu bringen, welches dann für Bestellung eines anderen Vormundes mindestens bis zum Austrag der Differenz zu sorgen hat. Braucht der Vormund erst nach beendigter Vormundschaft seine Forderungen geltend zu machen, so kann das dem Mündel dann sehr nachtheilig werden, wenn sich in Folge des längeren Zeitverlaufes die Sachlage verdunkelt hat oder die zur Abwehr erforderlichen Beweismittel nicht mehr zur Stelle sind. Es ist daher ganz korrekt, wenn das schweizerische Obligationsrecht in Art. 153 anordnet, daß während der Dauer der Vormundschaft nur die Verjährung für Ansprüche des Mündel gegen den Vormund nicht beginnen und, wenn begonnen, in ihrem Laufe aufgehalten werden. Solche Hemmung darf nicht über das Nothwendigste ausgedehnt werden, da sie die Wirksamkeit des Verjährungsinstitutes erheblich beeinträchtigt.

Mit Recht wird in § 184 die in der Theorie immer noch etwas bestrittene Frage, ob das Recht auf terminliche Leistungen, die keinen accessorischen Charakter haben, überhaupt der Verjährung unterliegt, im bejahenden Sinne beantwortet. Ebenso ist zu billigen, daß man in § 160 den Beginn der Verjährung normirt hat, da derselbe aus dem § 158 Abs. 1 aufgestellten Prinzipe mit Sicherheit nicht zu konstruiren ist. Eine andere Frage ist die, ob ein Anlaß vorlag, mit Verjährung des Hauptanspruches auch die noch rückständigen, nicht accessorischen Leistungen — wie der Entwurf gethan — gleich mit verjähren zu lassen, obwohl sie an sich noch nicht verjährt sind. Es dürfte schwer fallen, rechtlich zu deduziren, daß solche rückständige terminliche Leistungen von der Verjährung des Ganzen ohne Weiteres mit affizirt werden. Der Entwurf geht hier konform mit dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche (§ 160) und dem schweizerischen Obligationsrechte (§ 151). Dagegen hält der Dresdner Entwurf (Art. 419) an der Ansicht fest, daß trotz der Verjährung des Hauptrechtes der Anspruch auf davon abhängige, sowie auf davon unabhängige verfallene wiederkehrende Leistungen bestehen bleibt, soweit nicht die für dieselben geltende besondere Verjährung abgelaufen ist.

Nach § 183 soll das Pfandrecht fortbestehen, trotzdem der Anspruch, zu dessen Sicherung es dient, verjährt ist. Es entspricht diese Rechtsanomalie ganz der gemeinrechtlichen Doktrin. Dagegen ist nicht recht zu ersehen, warum der Pfandgläubiger nicht berechtigt sein soll, neben der verjährten Hauptforderung auch die verjährten Zinsen oder sonstigen wiederkehrenden Leistungen aus dem Pfanderlöse zu decken. Auf das gemeine Recht kann man sich hierbei nicht stützen, höchstens, wie auch in den Motiven geschehen, auf eine Stelle des preußischen Landrechtes (I. 20 § 248). In dem gleichzeitig von den Motiven angezogenen österreichischen B. G. B. § 1483 ist nichts zu finden, was diese Auffassung begründen könnte. Präsumtiv hat der Gläubiger mit Rücksicht auf das in seinen Händen befindliche Pfand keine Vorkehrung gegen Verjährung seiner Forderung getroffen und keinen Anlaß genommen, die verfallenen Zinsen und sonstigen wiederkehrenden Leistungen rechtzeitig einzuziehen. Der Pfandschuldner kann sich daher in keiner Weise beschwert erachten, wenn der Pfanderlös auch zur Deckung der verjährten Zinsen und wiederkehrenden Leistungen mit verwendet wird, da die Zinsen und sonstigen accessorischen Verpflichtungen als selbstverständliche juristische Bestandtheile der Hauptschuld anzusehen sind, für die das Pfand,

wenn nicht etwas anderes ausgemacht worden, ohne Weiteres mit haftet. Die Forderung und ihre Accessorien können in Folge Verjährung nur insoweit in Wegfall kommen, als das Pfand zu ihrer Deckung nicht ausreicht.

Trotz Verjährung des dinglichen Anspruches bleibt nach L. 8 § 1 cod. VII de praescript. XXX v. XL ann. 39 das dingliche Recht noch bestehen. Es ist unverjährbar. Man behält ungeachtet der Anspruchsverjährung noch sein Eigenthum an der Sache. In Folge Verjährung geht nur die Klage zur Verwerthung der im Eigenthum liegenden Rechte verloren. Im gemeinen Rechte konnte ein solches nacktes dingliches Recht noch von einigem Werthe sein. Denn die Fälle waren leicht denkbar, wo der Eigenthümer nach verjährtem Anspruche in die Lage kam, sein Eigenthumsrecht mit Erfolg zu realisiren, dafern nur der, welcher die Sache besaß, nicht der Rechtsnachfolger vom dem war, zu dessen Gunsten der Anspruch verjährte. Nach dem Entwurfe hat dieses abstrakte dingliche Recht dadurch viel an Bedeutung verloren, daß in der Regel das Eigenthum auf den gutgläubigen Erwerber sofort übergeht. Immerhin ist aber auch nach ihm der Fall nicht ausgeschlossen, daß der Eigenthümer nach verjährtem Anspruche unter gewissen Voraussetzungen noch von seinem dinglichen Rechte mit Erfolg Gebrauch machen kann, wenn auch solche Fälle selten vorkommen werden. Käme es aber einmal zur Geltendmachung dieses den verjährten Anspruch überlebenden dinglichen Rechtes, so würde das sicher zu sehr mißlichen, den Intentionen des Verjährungsinstitutes ganz widerstreitenden prozessualen Weiterungen führen, da dann voraussichtlich die thatsächlichen Verhältnisse schon sehr verdunkelt wären. Es dürfte daher angezeigt sein, dem dinglichen Rechte, das nach dem Entwurfe, soweit nicht immittelst das Eigenthum an der Sache erworben worden, unter Umständen in unbegrenzte Zeit hinaus fortexistiren kann, ein zeitliches Ziel zu setzen. Das könnte durch ein energisches Eingreifen der Acquisitivverjährung geschehen. Man hätte zu bestimmen, daß nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes, vielleicht nach zwanzig Jahren, die Ersitzung auch ohne das Erforderniß des redlichen Erwerbes sich vollzöge. Durch eine solche Ersitzung würde das dingliche Recht ohne Weiteres hinfällig. Diesen Weg hat der code civil eingeschlagen, indem nach Art. 2262 bei einer dreißigjährigen Acquisitivverjährung weder nach Titel, noch nach bona fides zu fragen ist. Anders gestaltet sich die Sache nach dem hessischen Entwurfe eines bürger-

lichen Gesetzbuches (1842). Nach ihm ist, abgesehen von der Erbschaftsklage, der dingliche Anspruch unverjährbar. Man hat das gethan, um nicht zu einer Trennung von Recht und Anspruch zu gelangen. „Es sei," so heißt es in den Motiven, „bei der Verjährbarkeit des dinglichen Anspruches die dem Zwecke der Verjährung widersprechende Halbheit unvermeidlich, daß der Eigenthümer wohl sein Recht behalte, allein den nothwendigen Schutz für solches gegen den anmaßenden Besitzer entbehre, und umgekehrt der Letztere in seiner Anmaßung sich behaupten könne, ohne nur einen Rechtstitel erlangt zu haben, in Folge dessen nach keiner Seite hin ein fester gesicherter Rechtszustand herbeigeführt werde." Die Unverjährbarkeit des dinglichen Anspruches hat aber das große Bedenken gegen sich, daß dann unter Umständen dingliche Ansprüche noch nach fünfzig und mehr Jahren erhoben werden können. Noch ein anderer Weg ließe sich einschlagen, um dem Dualismus beizukommen. Man fügte in den Abschnitt über die Verjährungslehre ein, daß mit der Verjährung des dinglichen Anspruches auch gleichzeitig das dingliche Recht untergehe. Zerstörung des Anspruches durch Verjährung und Erlöschen des dinglichen Rechtes fielen dann zusammen. Wählte man diesen Weg, so würde die betreffende Sache, dafern inmittelst nicht Eigenthum an ihr erworben worden, im Momente der vollendeten Anspruchsverjährung herrenlos werden und wer sie da besäße, erlangte an ihr als einer res nullius das Eigenthum. Auf den Besitzer ginge, gleichviel ob possessio bonae oder malae fidei vorläge, das Eigenthum im Wege der Okkupation über. In dieser Weise dürfte sich am Einfachsten aus dem Dilemma herauskommen lassen. Darin wird wohl Einverständniß herrschen, daß an der Erhaltung dieses dominium sine re nichts gelegen ist. Es gehört dasselbe überwiegend in das theoretische Gebiet des Rechtes. Der privatrechtliche Güterverkehr kann solche künstliche, auf Schrauben gestellte Rechtsgebilde nicht brauchen. Der Gesetzgeber ist hier nicht mit der wünschenswerthen praktischen Initiative vorgegangen. Er hat sich unverkennbar etwas zu sehr von der Theorie in's Schlepptau nehmen lassen.

Der diesem Aufsatze gestattete Raum erlaubt es nicht, noch auf die in dem Entwurfe zerstreuten Spezialverjährungen zuzukommen. Das Eine sei hier nur erwähnt, daß nach dieser Richtung hin eine Bestimmung vermißt wird, wonach Ansprüche aus Pacht- und Miethverhältnissen, soweit sie Ersatz von Auslagen, Verwendung und Schäden zum Gegenstand haben, einer kurzen Verjährung unterliegen.

Denn derartige Forderungen führen, namentlich bei Auflösung von solchen Verträgen, oft zu sehr erbitterten, nicht selten mit Geltendmachung von Zurückhaltungsrechten verbundenen prozessualen Schwierigkeiten. Der bayersche Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches (1860) enthält in den Artikeln 457 und 461 die sehr angemessene Vorschrift, daß derartige Ansprüche bereits sechs Monate nach ihrer Entstehung verjähren. In den Motiven wird diese Verjährung damit begründet, daß die Feststellung solcher Forderungen nach Ablauf längerer Zeit meist schwierig werde und daher ein Zwang zu ihrer baldigen Geltendmachung für beide Theile ersprießlich erscheine. Es ist sehr zu wünschen, daß der deutsche Entwurf nach dieser Richtung hin ergänzt werde, vielleicht mit der zur Vermeidung von Streit über den Tag des Verjährungsbeginns beizufügenden Modifikation, daß der Anspruch vom Schlusse des Jahres an, in dem seine Befriedigung rechtlich verlangt werden konnte, einer dreimonatlichen Verjährungsfrist unterläge.

Der Abschnitt über Anspruchsverjährung läßt an Schärfe und Klarheit des Gedankens und Ausdruckes nichts zu wünschen übrig. Die ihm beigegebenen Motive umfassen alles, was die deutschen und die uns zugänglichen ausländischen Gesetzgebungen, ingleichen was Wissenschaft und Praxis über Verjährung aufzuweisen haben. Auch die darin enthaltenen, ebenso geistvollen, als weitsichtigen legislativen Erwägungen sind in der Hauptsache zu billigen. Es war daher nur ein Vergnügen, sich mit dieser hervorragenden gesetzgeberischen Arbeit zu beschäftigen.

Gutachten über den zweiten Abschnitt des Rechtes der Schuldverhältnisse:

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden.

Erstattet von Dr. **Max Hachenburg**, Rechtsanwalt in Mannheim.

Eine gewaltige Umwälzung hat auf dem Gebiete des Obligationenrechtes nicht stattgehabt. Das „Recht der Schuldverhältnisse" des Entwurfs ist gleich den gemeinen und gleich den partikularen Rechten römisch gedacht. Die Aufgabe der Gesetzgebung bestand darin, den Bedürfnissen des modernen Lebens gerecht zu werden, Veraltetes abzustreifen, und zuzufügen, was der Verkehr neu schuf. Daher wird auch die Besprechung des zweiten Theiles des Entwurfs und speziell des vertragsmäßigen Obligationenrechts sich nicht mit allgemeinen großen Prinzipien, wie im Sachenrechte und Erbrechte, zu befassen haben, Fragen, wie die des gesetzlichen ehelichen Güterrechtes, fehlen, und eben deshalb muß gerade hier das Eingehen in das Einzelne geboten erscheinen.

Gegenstand der Verträge.
(§ 344 bis § 358.)

„Ist ein Vertrag auf eine Leistung gerichtet, welche unmöglich oder durch Gesetz verboten ist, oder welche gegen die guten Sitten verstößt, so ist derselbe nichtig." (§ 344.) Von den hier in einem Satze behandelten drei Fällen gehört nur der eine, die thatsächliche Unmöglichkeit, hierher. Die beiden anderen finden ihren Platz im allgemeinen Theil (§§ 105, 106). „Jedes Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig." Durch diese Fassung des § 106 wird, wie auch die Motive (I S. 211) berichten, ein

spezieller Gedanke verallgemeinert. Inhalt des Rechtsgeschäftes im Sinne des § 106 ist der von dem Handelnden durch seine Willenserklärung beabsichtigte Rechtserfolg; er umfaßt bei der Entstehung der Obligation durch Vertrag, was das zweite Buch des Entwurfs unter Gegenstand und Inhalt der Schuldverhältnisse versteht. Den wesentlichen Inhalt des obligatorischen Kontrakts bildet die Pflicht der einen Partei zur Leistung; ist diese für sich oder im Zusammenhang mit anderen Umständen sittenwidrig, so ist es der Inhalt des Rechtsgeschäfts und der Vertrag aus diesem Grunde nichtig.

Die von dem Gesetz verbotenen Leistungen scheinen dagegen von dem § 105 dem Wortlaute nach nicht schon mitumfaßt; denn dieser erklärt die Rechtsgeschäfte für nichtig, deren Vornahme das Gesetz verbietet. Und so stellt auch § 347 Verträge, deren Schließung das Gesetz verbietet, und solche, die auf eine vom Gesetz verbotene Leistung gerichtet sind, nebeneinander. Indeß einmal ist auch die Schließung eines Vertrages, der auf eine gesetzwidrige Leistung geht, gegen das Verbot des Gesetzes. Auch der § 105 müßte in dem Sinne des § 106 ausgelegt werden, daß der Inhalt des Vertrages, wenn er rechtswidrig ist, den Willensakt nichtig macht. Sonst hätte ja auch die rechtswidrige Bedingung, da sie im Gesetze sowenig wie die sittenwidrige erwähnt ist (s. Motive I S. 267), eine rechtliche Regelung nicht gefunden. Zum andern ist bekanntlich die Frage der Grenze zwischen Recht und Moral eine überaus schwere; mag sie rechtsphilosophisch festgestellt werden wie immer, jedenfalls zeigt die Erfahrung, daß die meisten Rechtsverbote auch Moralverbote sind, die nur des besonderen rechtlichen Schutzes sich erfreuen. Das Recht giebt ein Mehr zu dem einfachen Sittenverbot. Was aber für das Geringere gilt, muß auch für das Verstärkte gelten. Oder ist vielleicht ein Vertrag über gemeinsame Schmuggelgeschäfte nur rechts- und nicht auch sittenwidrig? Es muß dann der § 105, der im weiten Sinne des § 106 ausgelegt wird, auch in diesem Sinne gefaßt werden: „Ein Rechtsgeschäft, das (oder dessen Inhalt) gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, sofern nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt.“ Daß hierunter auch der Vertrag über eine rechtlich verbotene Leistung fällt, scheint dann als selbstverständlich.

Die praktische Folge ist nicht nur das Entlasten des § 344 von zwei Elementen, die an andere Stellen gehören; das Zusammenfassen der Wirkung des rechts- und sittenwidrigen Vertragsinhaltes rückt auch ihr Verhältniß zu der thatsächlichen Unmöglichkeit der Leistung

in helleres Licht. Der Entwurf (§ 347) wendet die für den letzteren Fall gegebenen Vorschriften (§ 345 und 346) auf die rechtswidrigen Verträge an; er giebt auch hier bei culpa in contrahendo das Recht auf das negative Interesse und gestattet den giltigen Abschluß für den Fall und unter der Bedingung des Wegfalls des Verbots; sittenwidrige Verträge aber sind ausgeschlossen. Wenn nun aber dem Rechtsverbot ein Sittenverbot zu Grunde liegt? Dann muß dieses vorgehen. Und da jedes Rechtsgebot ein Theil der guten Sitten enthält, so wird man stets die Folgen des § 347 durch Heranziehung dieses Gedankens beseitigen können. Die Uebertragung nicht beschlagbarer Forderung ist ungiltig (§ 296). Wer das negative Interesse vom Cedenten einer gesetzlichen Alimentenforderung (§ 749 Z. 2 R. C. P. O.) begehrt — den Nachweis der schuldlosen Unkenntniß auf seiner, der schuldhaften auf der anderen Seite vorausgesetzt — dem wird die dem § 749 C. P. O. und 296 des Entwurfs zu Grunde liegende Idee entgegengehalten und der Vertrag wird als gegen die guten Sitten verstoßend bezeichnet werden. Der § 347, der eine Quelle des Streits zu werden droht, würde dann mit der Entfernung der Worte „über die verbotene Leistung" aus § 344 ebenfalls verschwinden. Die Unmöglichkeit der Leistung, die nach § 344 den Vertrag nichtig macht, ist als objektive gedacht; nur subjektive Unmöglichkeit hindert die Giltigkeit nicht. Das Gesetz aber spricht diese Regel selbst nicht aus und ihre Ableitung aus § 348 ist nicht genügend gewährt, weil hier zwei besondere Fälle vorliegen. Die beiden Arten der Unmöglichkeit können sich einander in ihren Wirkungen nähern. Auch bei der objektiven kann der Vertrag für den Fall, daß die Leistung später möglich wird, giltig geschlossen sein, als bedingter Vertrag (§ 346); auch bei der subjektiven kann der Vertrag nur für den Fall, daß die Leistung später subjektiv möglich wird, als bedingter Vertrag geschlossen sein (§ 348 Abs. 2 arg., s. Motive II S. 182). Aber das Unterscheidende ist stets, daß die Vermuthung gegen diese Art des Vertrags ist, und daher im Zweifel im ersten Falle ein nichtiger, im zweiten ein giltiger Kontrakt vorliegt. Weil aber der Unterschied von Bedeutung, ist es wünschenswerth, ihn nicht nur in den Motiven (II S. 176, S. 181), sondern im Gesetze zu finden. „Unmöglichkeit der Leistung, die sich nur auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners gründet[1]), bewirkt keine

[1]) Die Fassung von Savigny Obligationenrecht II S. 285.

Richtigkeit." Daneben mögen die in § 348 Abs. 1 und Abs. 2 enthaltenen Spezialvorschriften ihrer besonderen Wichtigkeit halber bestehen bleiben. Daß der Entwurf das System des Code civil [2]) vermeidet, wird namentlich der Jurist des französischen Rechtes freudig begrüßen. Streitig ist der Grund für die Richtigkeit des Verkaufs der fremden Sache, streitiger noch die Auslegung der Bestimmung selbst. [3]). Daß einzelne obligatorische Wirkungen eintreten, zeigt die Lehre von der Haftung für Eviktion. Daß keine anderen gegeben seien, soll aus der Unsittlichkeit des Verfügens über fremdes Vermögen folgen. Allein dies kann wohl in einzelnen Fällen möglich sein (Motive II S. 181), eine allgemeine Regel ist hieraus nicht abzuleiten. Die Verpflichtung zu einer nur aus dem Vermögen eines Andern möglichen Leistung ist für den Versprechenden subjektiv unmöglich, aber nicht unsittlich.

Eine hervorragende Rolle spielt der Vertrag, wodurch sich Jemand zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken verpflichtet; er ist ohne notarielle oder gerichtliche Form nichtig. Durch nachfolgende Auflassung und Eintragung zum Grundbuche wird er seinem ganzen Inhalte nach giltig (§ 351). Die Gründe, welche die Motive hierfür angeben, sind etwas abstrakt gehalten. Es wird die soziale Bedeutung des Grundeigenthums, das die natürliche Grundlage der Seßhaftigkeit der Bevölkerung ist, betont, auf die Bedeutung des Grundbesitzes für Lebensstellung und Beruf des Eigenthümers und auf die vielfachen mit dem Grund und Boden verknüpften, auf lange Dauer berechneten Rechte hingewiesen (Motive II S. 190). Trotzdem nun die Beschränkung des § 351 auf landwirthschaftliche Güter ausdrücklich abgelehnt wird, zeigt sich doch, wenn man die abstrakten Gründe in's Konkrete übersetzt, daß sie wesentlich auf landwirthschaftliche Verhältnisse passen. Hier liegt die Bedeutung der Seßhaftigkeit, hier die Verknüpfung des Berufs mit dem Boden, hier der Schwerpunkt der dinglichen beschränkten Rechte. Niemand zweifelt an einem gewaltigen Interesse des Staats an einem gesunden Bauernstande, aber ob mit dem Mittel des Formalismus des § 351 etwas geholfen ist, darüber mag man leicht verschiedener Meinung sein. All' die Gründe der Motive führen doch nur dazu, daß man bei Veräußerung wie Erwerb von Liegenschaften mit reiflichster

[2]) A. 1599: La vente de la chose d'autrui est nulle.

[3]) s. Kohler Gesammelte Abhandlungen S. 244 ff., F. K. Müller, Annalen der bad. Gerichte 39 S. 273, Laurent Principes du droit civil t. 24 Nr. 102.

Ueberlegung vorgehen soll. Das wäre aber bei allen Geschäften erwünscht, und wenn man dies Ziel auf dem Wege des Entwurfs verfolgt, so käme man zum Formenzwang, den die Motive zum ersten Buche (I S. 179) treffend ablehnen. Was dort betont wird, gilt auch hier, daß der Formenzwang ein zweischneidiges Schwert ist; nur in seltenen Fällen wird er den vorhandenen Mißständen begegnen. Wer leichtsinnig ist von Natur, der veräußert und erwirbt Liegenschaften auch notariell ohne Ueberlegung, ja er wird leicht in Sicherheit gewiegt, indem er glaubt, der Staat denke hier durch für ihn. Wer wanderlustig ist, der hält sein Wort und geht mit dem Erwerber zum Notar und Grundbuchamte, während andrerseits das Seßhaftwerden, der Erwerb der Liegenschaft, durch den Formzwang erschwert ist. Wer in wirthschaftlicher Nothlage ist und deshalb einem Güterschlächter oder -Aufkäufer in die Hände fällt, dem hilft die Ueberlegefrist nicht, denn die Fälle, wo in der Zwischenzeit der reiche Onkel aus Amerika kommt, sind doch wohl äußerst selten. Es bleiben nur die Geschäfte, die in momentanem Leichtsinne, in halber Trunkenheit, im Wirthshause 2c. geschlossen sind.[4]) Hier allerdings greift die Richtigkeit mangels Form durch. Allein man braucht sich gar nicht auf den Standpunkt zu stellen, daß, wer leichtsinnig war, auch die Folgen tragen solle, man wird sich doch der Meinung nicht verschließen können, daß, für diesen speziellen Fall dem Verkehr eine soweit gehende Fessel anzulegen, nicht statthaft ist. Die Erinnerung an den Bären, der, um die Fliegen von der Stirne seines Haares zu jagen, sich einen Feldstein auf den Kopf wirft, liegt nahe, denn daß der Formzwang die mißlichsten Folgen hat, ist unbestreitbar. In den Städten ist der Verkehr mit Grundstücken ein reger, namentlich wo Fabrikation und Handel herrscht. Man zwingt die Kontrahenten, erst zum Notar, dann zum Grundbuchrichter zu gehen. Man gewöhnt die Vertragsschließenden daran, daß das gegebene Wort, selbst die schriftliche Zusage, nicht binde, ein Prinzip, das Rückschläge auf den Verkehr mit anderen Objekten befürchten läßt. Man giebt nicht nur dem

[4]) Nicht uninteressant ist in dieser Beziehung ein den badischen Ständen 1884 von den Abgeordneten v. Neubronn und Genossen vorgelegter Gesetzesentwurf „Kauf- und Tauschverträge über der Landwirthschaft dienende Liegenschaften betr." (s. 4. Beilageheft zu den Protokollen der 2. bad. Kammer 1883/84 S. 349 und S. 639). Um übereilten Verträgen, die ohne Prüfung und Ueberlegung von der ländlichen Bevölkerung geschlossen werden, vorzubeugen, sollte ein gesetzliches Rücktritts- (Reu-) Recht eingeführt werden. Der Entwurf scheiterte an der Ablehnung der 1. bad. Kammer.

Schwachen, Ueberlegungsbedürftigen, die Bedenkfrist, sondern noch weit mehr dem klugen Gegner, der sehr leicht aus dem Schilde des Schwachen noch eine Waffe gegen ihn macht. Ob das Risiko, das der Güterspekulant durch die Ungiltigkeit des formlosen Vertrags trägt, nicht einen Einfluß auf die Güterpreise ausübte, läßt sich nicht abstrakt entscheiden; daß es in einzelnen Fällen eintreten wird, erscheint sehr wahrscheinlich. Andrerseits ließe sich in den Fällen, bei denen, wie gezeigt, allein die Förmlichkeit von Nutzen wäre, wo ein Mißbrauch mit der Unerfahrenheit, Trunkenheit 2c. getrieben wurde, die Hilfe von der Rechtssprechung erwarten. Nur darf sich der Richter nicht besinnen, dem § 106 die entsprechende weite Auslegung zu geben und den unter Ausnützung einer schutzbedürftigen Lage geschlossenen Vertrag, als „gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung" verstoßend, für nichtig zu erklären. Ist dies nicht der Fall, dann bedarf der Vertragstheil auch keines gesetzlichen Schutzes. — Daß die Fassung des § 351, die nach den Motiven (II S. 191) „klar und einfach" ist, eine bedeutende Konstruktionsschwierigkeit bietet, mag hier nur gestreift werden, denn dies wäre kein Ablehnungsgrund für den Gesetzgeber; die Wissenschaft und Praxis mag zusehen, wie sie mit ihr fertig wird. Aber, wenn der nichtige Vertrag durch nachträgliche Eintragung, gegen das sonstige Prinzip voll und ganz giltig wird, was war er dann in der Zwischenzeit? Kommen wir nicht doch wieder auf das von den Motiven verworfene Reurecht, das wenigstens eine Handhabe für die Rechtsauffassung bot? Liegt ein Vertrag unter der Potestativbedingung „si voluero" vor? 2c. All' diese und ähnliche Fragen sind jedenfalls kein Empfehlungsbrief für § 351 und er bedürfte dessen sehr.

Der Inhalt der Schuldverhältnisse aus Verträgen.
(§ 359—§ 369.)

1. Das Rücktrittsrecht als Folge der Nichterfüllung beim gegenseitigen Vertrage.

Liegt ein Fixgeschäft vor, d. h. ist die Erfüllung an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer bestimmten Frist wesentlicher Bestandtheil des Vertrages,[5]) so ist im Falle der Nichterfüllung der

[5]) Urtheile des Reichsoberhandelsgerichts vom 24. März 1871 Bd. 2 S. 93, vom 28. Oktober 1871 Bd. 3 S. 275 2c., des Reichsgerichts vom 30. Januar 1880, Entscheidungen Bd. 1 S. 241. Die Idee des Fixgeschäfts ist für das Civilrecht dieselbe wie für das Handelsrecht.

Gläubiger zum Rücktritt berechtigt (§ 361). Dies gilt von allen, also insbesondere auch von den wechselseitigen Verträgen. Fehlt es hieran — und dies wird in weitaus den meisten Fällen des bürgerlichen Lebens der Fall sein — so ist das Rücktrittsrecht nur ausnahmsweise, nur in denselben Fällen gestattet, in denen der Gläubiger befugt ist, statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern (§ 240, § 247 Abs. 2, § 243, § 369). Beide Fälle laufen trotz der äußeren Trennung völlig parallel; nur, da die Letzteren bei allen Schuldverhältnissen möglich sind, die ersteren nur bei Rechtsgeschäften, stehen jene im Abschnitt I (§ 240, § 243, § 247), diese im Abschnitt II (§ 369) des Obligationenrechts. Der Gläubiger ist nach dem Entwurfe im Prinzipe nicht befugt, nach seiner Wahl statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten (§ 360). Eine Ausnahme hat statt, wenn

1. die Erfüllung durch Schuld des Verpflichteten unmöglich wurde. § 240, § 369 Abs. 1. Hier ist die Erfüllungsklage selbstredend unmöglich; eines Verzugs bedarf es nicht.

2. die Erfüllung noch möglich, aber der Schuldner in Verzug ist. Dann muß entweder

a) der Verzug ein qualifizirter sein, d. h. es muß nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Leistung trotz Setzung einer nochmaligen Frist unter Drohung, nach Ablauf der Frist die Leistung nicht mehr zu nehmen, der Schuldner die Erfüllung weigern (§ 243, § 369 Abs. 2)

b) oder der Gläubiger beweisen, daß die Leistung in Folge des Verzuges für ihn ohne Interesse ist (§ 247, § 369 Abs. 2).

Gegen dieses System des Entwurfs stehen erhebliche Bedenken. Einmal ist es komplizirt. Es stellt eine Regel auf und durchlöchert sie mit einer Reihe von Ausnahmen. Die Bestimmungen der §§ 243, 247, 369 rechnen, da die Wahl durch Parteierklärung geschehen soll, auf Verständniß des großen Publikums und doch ist nicht anzunehmen, daß dieses sich hier zu Recht finde. Zum Andern führt es zu praktischen Unzuträglichkeiten und Unbilligkeiten, die namentlich den Gläubiger, der eine Geldforderung hat, bedrücken; denn an dieser hat er stets ein Interesse. Bis aber der Verkäufer einer Sache, der froh wäre, wenn er, vom Vertrage zurücktretend, seine Waare wiederfordern dürfte, den umständlichen Weg des § 243 durchgeführt hat, haben ihm schon längst andere Gläubiger durch Pfändung sein Recht illusorisch gemacht.

Des Ferneren werden die einzelnen Fälle, in denen auf Grund des besonderen Theiles der Rücktritt — meist nur dieser — gestattet ist, und die, bei denen das Handelsrecht eingreift,[6]) zu Grenzverwirrungen und Streitigkeiten führen, und es wird nicht nur dem Laien unerfindlich sein, weßhalb in einem Falle der Rücktritt gewährt ist, im andern nicht. Der besondere Theil giebt bei der Mehrzahl der gesetzlich geregelten gegenseitigen Verträge ein Rücktrittsrecht. So sagen schon die Motive zu § 369 (II S. 211 Note 2), daß bei den auf dauernde Leistungen gerichteten Vertragsverhältnissen (Miethe, Dienstverträge u. s. w.) das Rücktrittsrecht dadurch, daß es nicht auf die Vergangenheit wirke, sich besonders gestalte. Dies ist richtig; allein es folgte hieraus nur die besondere Regelung des Rücktritts, wenn er gegeben ist, nicht aber, daß in all' diesen Fällen das Rücktritts- und Kündigungsrecht statthaft sein muß. Es findet sich aber in §§ 528, 529 (Miethe), 566 (Dienstvertrag), 648 (Gesellschaft). In einzelnen Fällen ist nicht einmal Verzug erfordert, und insofern dies gerechtfertigt ist, hätte trotz der Einführung einer den Rücktritt allgemein gestattenden Bestimmung die Spezialnorm ihre Bedeutung. Ein solch' weitgehendes Rücktrittsrecht, d. h. ohne das Erforderniß des Verzugs, giebt auch § 569 Abs. 4 beim Werkvertrag, aber nur dem Besteller. — Es bleiben also, da der Vergleich zufolge seiner Natur als Feststellungsakt von dem Rücktritt positivrechtlich auszunehmen wäre, nur der Kauf (Tausch) und der Werkvertrag bezüglich des Uebernehmers vom Rücktritt ausgeschlossen und auf die Fälle des § 369 beschränkt. Wie soll man es Jemand begreiflich machen, daß er, wenn er den Rock einschließlich Tuch beim Schneider bestellt, sogar im Falle des Verzugs, nur ausnahmsweise das Rücktrittsrecht hat, daß aber, wenn er selbst den Stoff liefert, es nicht einmal des Verzuges hierzu bedarf? Wird nicht in einer Reihe von Fällen die an sich schon schwierige Grenzfrage zwischen Kauf und Werkvertrag deshalb doppelt von Belang, wenn der Letztere so sehr bevorzugt ist? Nach § 568 (s. Motive II S. 475) liegt es in der Hand der Parteien, die Rechtsnormen über Werkvertrag und damit auch die des § 569 auf den Kauf der herzustellenden Sache auszudehnen und also damit ohne Weiteres das Rücktrittsrecht sich zu

[6]) Auf die Uebereinstimmung des bürgerlichen und des Handelsrechtes zur Vermeidung „einer bedenklichen Verwirrung und Rechtsunsicherheit“ legen an anderen Stellen, bei der Frage, ob Formzwang oder Formlosigkeit der Verträge die Regel sein soll, die Motive (I S. 180) besonderes Gewicht.

verschaffen, und gerade dies zeigt, wie ungerechtfertigt und unmöglich diese strenge Scheidung ist. Für den Kauf selbst wiederum haben wir im H. G. B. Art. 354—357 Bestimmungen über das Rücktrittsrecht eines jeden Kontrahenten beim Verzuge des Gegners. Zufolge Art. 277 H. G. B. müssen diese Vorschriften Anwendung finden, auch wenn nur auf einer Seite ein Handelsgeschäft vorliegt, und damit ist für einen bedeutenden Theil unseres Verkehrs das Rücktrittsrecht beim Kaufe gegeben. Es bleibt für das bürgerliche Recht nur der Kauf zwischen Produzenten und Konsumenten. Der Gutsbesitzer oder Beamte kann vom Vertrage zurücktreten, wenn der Juwelier den bestellten Schmuck trotz Mahnung nicht schickt; der Baumeister, dem der Steinbruchbesitzer die verkauften Steine nicht liefert, bleibt dem bürgerlichen Rechte unterworfen und auf den Weg des § 369 Abs. 2 beschränkt. Der Rest des Gebietes, das für das bürgerliche Gesetzbuch und den § 369 bleibt, ist ein so geringer und enthält gerade die Fälle, bei denen häufig der Verkehr den Rücktritt fordert, daß die völlige Aufhebung der Regel des § 360 und die Erhebung der Ausnahme zur Regel geboten scheint.

Die Gründe, welche die Motive angeben, sind nicht durchgreifend und würdigen namentlich die auf dem Gebiete des französischen Rechtes gemachte Erfahrung nicht hinreichend. Sie verweisen einmal auf Windscheid. Allein an der zitirten Stelle (Pandekten II § 280 Note 1 6. Auflage S. 96) wird nur berichtet, aus dem fr. 24 § 4 D (9, 2) folge für das römische Recht nicht mehr, als daß der Gläubiger dann bei mora vom Vertrage abgehen dürfe, wenn die Leistung für ihn nicht mehr brauchbar sei. Daß dieses Interpretationsresultat für das heutige Recht nicht maßgebend sein kann, ist offensichtlich. Wenn zu § 360 (Motive II S. 198) erklärt wird, der Entwurf habe die dem französischen Rechte (dessen Art. 1184 ein Rücktrittsrecht kennt) entsprechende Auffassung vom Wesen des gegenseitigen Vertrages nicht adoptirt, so besteht die Abweichung in dieser Auffassung eben nur in dem Rücktrittsrechte. Wird endlich zu § 369 (Motive II S. 210) ausgeführt, der Rücktritt sei nur unter der Voraussetzung gegeben, daß „die Leistung zu Folge des Verzugs das Interesse für ihn (den Gläubiger) verloren hat, der Rücktritt in concreto durch das Interesse des Gläubigers also gerechtfertigt ist," so liegt hierin ein Gedankensprung. Denn ein anderes ist es, wenn das Interesse des Gläubigers den Rücktritt fordert, ein anderes, wenn die Leistung ohne Interesse für ihn ist. Das Erstere kann der Fall sein, wenn

das Letztere auch nicht gegeben ist [7]). Und gerade dieser Grund zeigt den Weg, der allein zum Ziele führt. Wann es das Interesse des Gläubigers fordert zurückzutreten, muß er allein beurtheilen. Daß dies nur dann der Fall sein solle, wenn er die Leistung nicht mehr brauchen kann, heißt ihn bevormunden, heißt ihm vor Allem eine Beweislast auflegen, die seine Lage verschlimmert.

Die Gewährung des Rechtes auf Rücktritt oder Schadensersatz statt der Erfüllung ist keine unbillige Begünstigung des Gläubigers. Nicht nur, daß beim gegenseitigen Vertrage jeder Theil Gläubiger und Schuldner ist, das Wahlrecht soll ja nur eintreten im Falle des Verzuges, d. h. einer schuldhaften Nichterfüllung. Dem vertragsbrüchigen Gegner brauche ich auch nicht das Wort zu halten. Das ist ein völlig gesunder, unserem Bewußtsein entsprechender Satz. Dies beweisen auch die mehr zitirten aa. 354 ff. H. G. B., beweist a. 1184 code civil, aa. 110 ff. des Schweizer Bundesgesetzes über das Obligationenrecht. Was die Praxis in den Ländern des französischen Rechtes an dem Art. 1184 aussetzt, ist das Erforderniß der Umstoßung des Vertrages durch Richterspruch, nicht durch die Parteierklärung und die Folge hieraus, die Möglichkeit der Erfüllung noch während des Prozesses einerseits, andrerseits die verkehrsstörende dingliche auflösende Wirkung. Das Prinzip des Rücktritts selbst hat sich trefflich bewährt [8]). Den ersteren Mangel vermeidet die Praxis schon heute, indem sehr häufig der Richterspruch nur als Bestätigung der früher erfolgten Parteierklärung erscheint; jedenfalls verschwindet er ganz, wenn das System des Handelsgesetzbuches und des Schweizer Gesetzes gewählt wird, das die einzelnen Fälle des deutschen Entwurfs verallgemeinert. Die dingliche Wirkung tritt nach § 427 des Entwurfs nicht ein, sondern nur eine obligatorische Verpflichtung zum Resti-

[7]) Interessant ist in dieser Hinsicht die gemeinrechtliche Praxis. Während z. B. der Ob. G. H. f. Bayern (Seuffert's Archiv 31 Nr. 126 S. 150) den Rücktritt nur dann gestattet, wenn die Leistung für den Gläubiger „ganz unnütz", gewährt ihn das Ob. G. Wolfenbüttel (eod. 33 Nr. 294 S. 404) dann, „wenn und insofern nach der Natur und den Verhältnissen des konkreten Falles anzunehmen, daß das Interesse des nichtsäumigen Kontrahenten die Aufhebung des Kontraktes fordere", also genau derselbe Gegensatz, der sich in dem zitirten Ausspruche der Motive findet.

[8]) Ein so offenbar dem Rechtsgefühl widersprechendes Urtheil, wie das des A. G. Celle (Seuffert's Archiv 35 Nr. 14 S. 19), wo der Verkäufer einer Liegenschaft, trotzdem die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Käufers erfolglos bleibt, gezwungen ist, am Kaufe festzuhalten, wäre hier undenkbar.

tuiren. Damit entfallen die Gegeneinreden gegen den Rücktritt, daß er auch die aufgehobenen Kaufprivilegien wieder einführe, daß er dem § 20 R. K. O. widerspreche u. s. w., denn all dies hat nur dann Bedeutung, wenn eine resolutio ex tunc eintrete.

Möglich wäre das Bedenken in der Hinsicht, daß der Gläubiger den Schuldner überrumpeln könne; er mahnt ihn, oder wenn der Tag der Erfüllung ohne daß ein Fixgeschäft vorliegt, ohne Leistung blieb, (§ 245 Abs. 2), unterbleibt auch dies, die Mahnung, und dann kündigt er, wenn nicht alsbald erfüllt ist, den Vertrag. Das H. G. B. giebt dem Schuldner das Recht der Nachlieferung; auf sein Ersuchen muß ihm eine Frist hierzu gegeben werden (a. 356 H. G. B.); auch wenn der Rücktritt ohne Weiteres erklärt ist, darf der Verkäufer noch liefern, wenn es in angemessener Zeit erfolgt, deshalb braucht ihm der Käufer die Nachfrist nicht ausdrücklich anzubieten[9]). Das Schweizer Bundesgesetz a. 122[10]) verlangt Setzen einer Frist mit der Drohung der Auflösung des Vertrages. Im Resultate kommen beide Gesetze auf dasselbe hinaus: dem Schuldner Zeit zu lassen, noch zu erfüllen. Für Beide lassen sich Gründe anführen, doch dürfte, abgesehen ganz von der hier erstrebten Gleichheit des Verkehrs, das handelsrechtliche vor dem schweizer deshalb den Vorzug verdienen, weil dieses Letztere leicht zum Formalismus führte. Wenn der Gläubiger seinen Rücktritt erklärte, so sind die Interessen des säumigen Schuldners hinreichend dadurch gewahrt, daß er noch binnen angemessener Frist erfüllen darf. Setzt der Gläubiger alsbald selbst eine Zeit hierfür fest, so hat er den Vortheil hieraus, daß er sicher weiß, die Sache ist erledigt; ihm diesen Vortheil aufzwingen, liegt kein Grund vor.

Daß der Schuldner, so lange der Gläubiger nicht erklärte, vom Vertrage abzustehen, oder statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern, noch leisten darf, ist selbstverständlich. Der Rücktritt ist ein Recht des Gläubigers, das er ausgeübt haben muß um dem Schuldner die Leistungsbefugniß zu entziehen. — Ob er durch längeres Zuwarten diesem Rechte präjudizirte, kann nur im einzelnen Falle fest-

---

[9]) Entscheidung des R. O. H. G. vom 6. März 1873 Bd. 8 Nr. 30 S. 125. Cosack Handelsrecht (1888) S. 152.

[10]) „Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Theil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung zu setzen — mit der Androhung, daß mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei."

gestellt werden; eine gesetzliche Regelung hierüber scheint nicht erforderlich.

Die Folge der allgemeinen Anerkennung des Rücktrittsrechts und Schadensersatzes ist dann vor Allem die Einfachheit der Bestimmung und die Erleichterung des Verkehrs. Ob dem Gläubiger damit gedient ist, muß er selbst entscheiden. Hält er aber die Annahme der Leistung nicht mehr in seinem Interesse, so muß er das Recht haben, ohne weiteren Nachweis hierüber, zu wählen. Es liegt auch hier der Fall vor, den der Entwurf mehrfach zeigt (z. B. § 278 Selbsthülfeverkauf, § 361 Fixgeschäft, § 465 Transportgefahr, § 470 ff. Kauf nach Probe und auf Probe u. s. w.), daß handelsrechtliche Normen zu allgemeinen werden, die überhaupt in der neueren Zeit mehrfach beobachtete [11]) Ausdehnung anfänglich handelsrechtlicher Ideen auf das bürgerliche Recht. Sie enthalten nichts spezifisch kaufmännisches, denn sie werden ja, wie oben gezeigt, in einer Reihe von Fällen auf Nicht-Kaufleute angewendet, nur daß im Handel der Verkehr zuerst nach Erleichterung und leichter Bewegung drängt. Ein Grund zur Beschränkung auf die Fälle, bei denen der Rücktretende noch nicht geleistet hat, liegt nicht vor. Gerade hier kann das Interesse des Gläubigers, der wenigstens, wenn er die Gegenleistung nicht erhält, seine Leistung wieder haben will, von besonderer Bedeutung werden. Auch da, wo der Entwurf das Rücktrittsrecht anerkennt, ist auf dieses Moment kein Gewicht gelegt. Zu § 569 (Motive II S. 480) werden die hieraus entstehenden Bedenken gegen den Rücktritt beim Werkvertrag zurückgewiesen, da ähnliche Schwierigkeiten mit der Ausübung des Rücktrittsrechtes stets verbunden seien. Man darf es getrost der Erwägung des Gläubigers überlassen, welchen der drei Wege er in diesem Falle einschlagen will.

Es wäre also § 369 entsprechend zu ändern. Während Abs. 1 bliebe, hätte Abs. 2 zu lauten: „Ist der Schuldner im Verzuge, so hat der Gläubiger die Wahl, die Leistung mit Schadensersatz wegen Verspätung der Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, oder vom Vertrage zurückzutreten. So lange als der

[11]) Cohn, drei rechtswissenschaftliche Vorträge S. 65: „Es ist eine eigenthümliche, aber nicht ableugbare Erscheinung, daß die Institute des Handelsrechts immer mehr und mehr zusammenschmelzen, daß die Rechtseinrichtungen, die der Handel zunächst nur für sich geschaffen, weiteren Kreisen zugänglich gemacht werden und in das allgemeine Verkehrsrecht treten.“ Regelsberger in Endemanns Handbuch des H. R. Bd. II S. 385.

Gläubiger nicht gewählt hat, kann der Schuldner noch erfüllen. Auf seinen Antrag ist, wenn nicht der Gläubiger durch den Verzug kein Interesse mehr an der Leistung hat, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Nachholung der Leistung zu geben."

Ob § 360, der sich dann nur auf einseitige Verträge beziehen kann, bleibt oder nicht, ist einerlei, ebenso wie §§ 243, 247 Abs. 2 für einseitige Verträge ihre Geltung behielten. Die besonderen Vorschriften des speziellen Theiles beständen daneben, da sie einmal die Folgen besonders gestalten, zum andern sich wegen der Voraussetzungen nicht decken.

2. Die Gefahr beim gegenseitigen Vertrage.

Die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache, die Unmöglichkeit der Leistung, trägt der Schuldner (§ 368 Motive II S. 205). Der Zufall befreit ihn von seiner Pflicht (§ 237), allein er erhält die Gegenleistung nur, wenn er selbst erfüllt. Dies soll — und hierin liegt die Bedeutung des in § 368 ausgesprochenen Grundsatzes — für alle, also insbesondere auch für die gegenseitigen Veräußerungsverträge, gelten. Für diese kennt das römische Recht bekanntlich die abweichende Regel, daß mit dem Abschlusse des Vertrags, wenigstens bei dem über eine Spezies, der Erwerber die Gefahr trage. Das Räthsel dieser Bestimmung ist nicht gelöst und wird wohl nicht endgiltig gelöst werden.[12] Vielleicht befanden sich die Römer auf dem Wege zu dem Resultate des französischen Rechtes (a. 1583), der Verflüchtigung des dinglichen Vertrags und des Eigenthumsübergangs mit Vertragsschluß; sie hätten dann, vom Verkehre gedrängt, wenigstens ein Moment herausgehoben; der späteren Zeit mangelte die Fortbildungskraft und das halbfertige Gebilde erstarrte. Sei dem nun wie immer, jedenfalls ist das römische System eine Halbheit, eine juristische Inkonsequenz. Entweder es bedarf zum Erwerbe des veräußerten Rechtes noch eines, in besonderer Form zu schließenden, dinglichen Vertrages (Grundbucheintrag, Tradition), dann ist das germanische (preußisch-österreichische) System korrekt, daß bis zur Erfüllung der Schuldner die Gefahr trage, oder man verzichtet auf die besondere Form des dinglichen Vertrages, man läßt mit dem Kauf

[12]) S. z. B. Hofmann, das Perikulum beim Kauf (1870) S. 8 ff. und die dortselbst gegebene Uebersicht der Meinungen. Windscheid, Pandekten II § 321 Note 19a (6. Aufl. S. 248).

das Recht sofort erwerben, dann folgt der Gefahrsübergang mit Abschluß des Kontrakts von selbst. Der Entwurf hat sich für die erste Möglichkeit entschlossen[13]) (§§ 868, 874, 828) und die Folge hieraus mußte § 368 sein.

Allein so schroff, wie es nach dem Wortlaute scheint, wird das Prinzip nicht durchgeführt.

Für den Kauf bestimmt § 463 zwar, als Konsequenz der Regel des § 368, daß der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Sache bis zur Uebergabe trage. Es soll darin, wie die Motive (II. S. 322) berichten, das Prinzip des § 368 der Wichtigkeit halber und weil für Grundstücke eine besondere Regelung nöthig ist, ausgedrückt sein. Für die letzteren bestimmt nun auch alsbald § 465 Abs. 2, daß wenn die Eintragung vor der Uebergabe erfolgte, jene die Gefahr übertrage. Die Gründe, welche für die Anknüpfung des gefahrübertragenden Momentes entweder an die Tradition oder die Auflassung sprechen, scheinen praktisch stichhaltig, nur ist fraglich, ob nicht die logische Anordnung eine umgekehrte sein müßte. Der Kauf ist Veräußerungsvertrag, er geht auf die Verpflichtung zur Verschaffung des verkauften Rechtes, also hier vor Allem auf Abschluß des dinglichen Vertrages und Grundbucheintrag. Die Pflicht zur Uebergabe ist eine sekundäre, eine Folge jener ersten. Das Prinzipale der Erfüllung ist die Eigenthumsverschaffung und mit dieser, als der Erfüllung, geht die Gefahr über. Die Ausnahme, das Verschieben des Ueberganges der Gefahr liegt in der Anknüpfung an den juristisch bedeutungslosen Uebergabeakt. Eine weitere Ausnahme zeigt aber auch der Mobiliarkauf. Der § 465, dem Art. 345 H. G. B. unmittelbar nachgebildet,[14]) knüpft den Gefahrsübergang beim Distanzkauf an die Uebergabe der Waare an den Spediteur, Frachtführer oder die sonst zur Transportausführung bestimmte Person. Daß hierin keine Tradition liegt, ist

[13]) Ueber den Eigenthumsübergang bei Mobilien ist viel gestritten. S. z. B. die Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages I 1 S. 113, I 2 S. 56, 163, II S. 56 ff., 243 ff. Kohler, der dingliche Vertrag (Annalen der badischen Gerichte 40 S. 232). Motive III S. 333 ff. Die Frage selbst steht hier nicht zur Prüfung.

[14]) Die Auslegungsregel für die Uebernahme der Transportkosten ist mit Recht nicht aufgenommen. Auch im Handelsverkehr hat sie nicht stets zu günstigen Resultaten geführt. Im bürgerlichen Leben muß es noch weit mehr im Einzelfalle festgestellt werden, was die Parteien wollen.

von den Motiven (II. S. 327) mit Recht betont. Es kann nur eine Traditionsofferte[15]) darin gesehen werden, eine Offerte des Abschlusses des dinglichen Vertrages. Geschieht die Uebergabe der Mobilien nicht unter Anwesenden, sondern durch die Hand eines Dritten, so sind zwei Fälle möglich. Der eine: der Dritte ist Stellvertreter des Einen oder Anderen der Parteien für den Abschluß des dinglichen Vertrages; dann findet entweder ein Abholen statt, d. h. die Erfüllung vollzieht sich beim Verkäufer oder ein Ueberbringen, die Leistung vollzieht sich beim Käufer; dort ist Erfüllungsort. Der andere: jener Dritte ist nur Vermittler; er spielt dieselbe Rolle für den dinglichen Vertrag, wie der Bote für den obligatorischen. Er ist kein Stellvertreter in Erklärung oder Willen, sondern Ueberbringer der Traditionsofferte des Verkäufers durch Ueberbringen der Sache. Daher kann dieser auch die Waare vor der Ablieferung jederzeit zurückrufen, denn die Offerte, die dem Gegner noch nicht zukam, ist widerruflich. Die Waare ist aber thatsächlich in den Händen des Mittelsmannes, also auf neutralem Boden, der sie der Kontrole des Einen wie des Anderen entzieht, und diese Schwebezeit ist es, für welche die Verkehrsauffassung auch dem Käufer die Gefahr auferlegt. Für beide konstatirte Ausnahmen, für Immobilien wie Fahrnisse, liegt nun aber keine aus dem Wesen des Kaufs als solchem folgende Regel vor. Wie die Transportgefahr für Mobilien von Handelsgeschäften auf alle Käufe ausgedehnt wurde (Motive II. S. 327), drängt der darin enthaltene Kern auf Loslösung von dem konkreten Falle; wie die Lehre von Evictionshaftung und den heimlichen Mängeln vom Kauf in den allgemeinen Theil wanderten, muß auch hier dem allgemeinen Gedanken Ausdruck verliehen werden. Wenn A. dem B. einen Acker im Vergleichswege als Gegenleistung giebt, muß dann, damit die Gefahr übergehe, übergeben und aufgelassen sein? Wenn C. dem D. für geleistete Dienste, für eine gelieferte Arbeit, Fahrnisse übersendet, soll dann C. die Transportgefahr tragen, da die Tradition erst mit der Empfangnahme beendet ist? Was die §§ 563, 565 enthalten, fließt aus dem Wesen des Veräußerungsvertrages, nicht des Kaufaktes. Maßgebend ist bei den Immobilien die Uebergabe oder Auflassung, bei den Mobilien der Beginn der

[15]) Den juristischen Begriff derselben s. Sohm in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht 17 S. 19 (1872). Der Traditionsakt des Tradenten ist identisch mit der Traditionsofferte.

Tradition. Der § 368 Abs. 1 kann in seiner Fassung bleiben, aber dann folgten als Abs. 2 der jetzige § 463 Abs. 2 und als Abs. 3 der jetzige § 465 in entsprechend modifizirtem Wortlaute.

Eine weitere Frage, die nur angeregt werden sollte, wäre, ob nicht § 465 auf alle Traditionen unter Abwesenden, bei denen die Uebersendung durch einen unparteiischen Mittelsmann geschieht, anwendbar ist, also ohne die Uebersendung „an einen andern Ort". Der Fall der „Uebersendung" am selben Orte ist nicht allzu häufig, meist liegt ein Bringen oder Holen vor, aber, namentlich in größeren Städten, tritt doch auch der Fall ein, daß der Verkäufer sich der Post u. s. w. bedient. — Handelt es sich um Veräußerung eines Rechtes an der Sache, so muß dasselbe gelten, wie ja auch schon aus § 459 Abs. 1 sich ergiebt.

3. Die Erfüllung Zug um Zug.

Daß beim gegenseitigen Vertrage Zug um Zug (§ 362) zu leisten, ist etwas allen Juristen Selbstverständliches. Daß der aus einem solchen Kontrakte Verklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat, wenn er sich nicht zur Vorleistung verpflichtete oder die Leistung schon empfing (§ 364), bedarf kaum der Erwähnung. Beachtlich scheint Folgendes:

a) Der § 363 statuirt bei einer Mehrheit von Subjekten auf der einen oder anderen Seite eine Vermuthung der Untheilbarkeit der dem einen Gegner zu erbringenden Gegenleistung, also eine Ausnahme des im § 321 statuirten Satzes, daß Jeder nur für seinen Theil berechtigt und verpflichtet sei. Jeder der mehreren Berechtigten kann seinen Antheil nur fordern, wenn er die volle Gegenleistung bewirkt. Die Motive (S. 201) berufen sich als Grund hierfür auf „Natur und Intention" der gegenseitigen Verträge. Als Vorbild diente fr. 21 § 8 D (21,1), Sächs. B. G. B. § 1099 und Dresdener Entwurf a. 427, 436. Die citirten Stellen handeln sämmtlich vom Kaufe, und wenn oben die Ausdehnung der Vorschriften über den Gefahrsübergang beim Kaufe angeregt wurde, so ist hier das Bedenken nicht zu unterdrücken, ob nicht in diesem Falle das bewegende Moment in der Einheit der Sache beim Kaufe liege. Wenn die Motive (II. S. 202) ausführen, es handle sich um keine absolute Norm, so ist dies für das Obligationenrecht selbstverständlich. Allein der § 363 hat denn doch die Bedeutung, daß die bei dem Kaufe aus der Einheit des Objektes gefolgerte Einheit des Vertrages und daher

anzunehmende Untheilbarkeit der Obligation für alle Schuldverhältnisse besteht, für die nicht das Gegentheil erwiesen ist. Für eine derartige Vermuthung bietet aber die Natur des gegenseitigen Vertrages als solchen keinen Raum. Entscheidend kann nur der Wille der Parteien sein und dieser ist jeweils im einzelnen Falle festzustellen. Nur dann, wenn auf der einen oder anderen Seite eine nach dem Parteiwillen einheitliche Leistung vorliegt, kann keine Theilung erfolgen. Dies ist auch das in §§ 339, 340 ausgesprochene Prinzip. Ist durch den Parteiwillen die Theilbarkeit ausgeschlossen, so muß die Mehrheit der Schuldner die Leistung ganz erbringen, denn sonst liegt keine Erfüllung vor. Sind auf Seite der Gläubiger Mehrere, so wendet der von einem belangte Schuldner ein, daß er seine untheilbare Leistung nur Allen zu erbringen brauche, also eine Art Einrede der mangelnden Aktiv- und Passivlegitimation. Dies ist aber nichts dem gegenseitigen Vertrage Eigenthümliches; es folgt nicht aus dessen Intentionen, sondern nur jeweils aus dem einzelnen Kontrakte. Hierfür genügen aber die §§ 339, 340 vollständig und § 363, der durch seine Präsumtion leicht irreführt und in der Praxis zu einer Ausdehnung der Einheit führen dürfte, die nicht gewollt ist, wäre zu streichen.

b) Wohlthätig sind die Vorschriften über die prozessuale Geltendmachung der gegenseitigen Kontrakte. Auch ohne geleistet zu haben, ist Antrag auf Urtheil, Zug um Zug zu leisten, statthaft. Das ergangene Urtheil ist vollstreckbar, die Leistung erzwingbar, auch ohne daß der Gerichtsvollzieher in die Lage gesetzt werden muß, während er die Leistung erzwingt, für oder mit dem Kläger die Gegenleistung zu bewirken. Nur fordert allerdings Abs. 2 des § 365, der Beklagte müsse in Annahmeverzug sein, d. h. es muß ihm thatsächlich die Gegenleistung für seine Leistung angeboten sein, falls nicht der Fall des § 255 Z. 1 vorliegt, so daß also die Vollstreckung von dieser Rechtshandlung abhängt. Nach der projektirten Abänderung der C. P. O. (s. Note 1 zu § 365) bedarf es zur Erwirkung der Vollstreckungsklausel nicht des Nachweises des Annahmeverzugs des Schuldners, und es steht diese Thatsache der in § 664 C. P. O. erwähnten der vorgängigen Sicherheitsleistung gleich und wird, wie diese, dem Gerichtsvollzieher zu erweisen sein. Praktisch wird sich also, wenn es sich namentlich um Leistungen handelt, die ein Dritter erbringen kann, die Sache häufig so gestalten, daß erst der Vollstreckungsbeamte den Schuldner durch Anbieten in Annahmeverzug

jetzt; denn auch das gleichzeitige Eintreten desselben mit der Vollstreckung muß statthaft sein. Nur da, wo die Ertheilung der Vollstreckungsklausel selbst die Vollstreckung ist, d. h. wo es sich um Abgabe einer Willenserklärung des Schuldners handelt (§§ 779, 664 C. P. O.), ist durch öffentliche Urkunde der Beweis des Annahmeverzugs zu führen, d. h. man wird also durch Gerichtsvollzieher oder Notar in Praxi die Gegenleistung offeriren, um sich hierdurch die Vollstreckung sofort zu sichern. Der Weg ist einfach, praktisch und gerecht.

c. Daß endlich die einmal als Erfüllung angenommene Leistung auch eine solche bleibt, daß die oft in der Praxis aus Mängeln, die sich nachher zeigten, abgeleitete Einrede des nichterfüllten Vertrages abgeschnitten und dem Empfänger die Beweislast obliegt, mag vielleicht nicht ganz logisch konsequent sein; aber die Bestimmung kommt einem Bedürfnisse entgegen, und mag man auch sagen, wer mangelhaft erfüllt, hat nicht erfüllt, so kann dies dem Verlangen, den Veräußerer zu schützen, nicht entgegen sein. Auch wo der Empfänger von dem Rechte des § 398 Gebrauch macht und bei einer nur der Gattung nach bestimmten Leistung infolge eines aufgetretenen Fehlers anderweite Erfüllung fordert, wird ihn die Beweislast der Fehler treffen. Durch Ausübung dieses Rechtes wie auch der Wandelklage wird dem Beklagten ebenfalls gestattet, die Leistung zu weigern; er wird aber in eine mehr aktive Rolle gedrängt, die ein stärkeres Erfassen und Beschließen fordert.

Gewährleistung des veräußerten Rechtes.
(§ 370 bis § 386.)

Den Inhalt einer jeden Obligation bildet die Bewirkung der dem Schuldner obliegenden Leistung. Bei Veräußerungsverträgen verpflichtet er sich, ein aktives Recht in das Vermögen des Gläubigers zu übertragen. Das Recht kann obligatorischer Natur (Forderungsrechte an Dritte), kann dinglicher Art sein. Von jener Rechtsübertragung handelt § 298 ff. (Uebertragung der Forderung), von dieser § 370 ff. (Gewährleistung des veräußerten Rechtes).

Die Eviktionslehre des Entwurfs ist die römische; zwar folgt § 370 der modernen Strömung darin, daß er den Veräußerer zur Verschaffung des veräußerten Rechtes verpflichtet, nicht bloß wie das römische Recht dem Verkäufer das habere licere praestare auflegt; aber die Voraussetzung (evictio § 374) und die Folgen (§ 377) sind die römischen.

Das Gesetz hat zwei Möglichkeiten berücksichtigt, durch welche der Schuldner seinem Versprechen nicht nachkomme; entweder er kann das veräußerte Recht überhaupt nicht verschaffen (§ 370), oder er überträgt es zwar, aber mit Rechten an der Sache und auf die Sache, die gegen den dritten Erwerber gehen, also als belastetes Recht. Genauer (arg. § 373 Abs. 2) läßt sich folgende Scheidung machen:

I. Das veräußerte Recht kann nicht übertragen werden, sei es, daß es der Veräußerer überhaupt nicht besitzt, sei es, daß er nicht darüber verfügen darf.

II. Es wird übertragen, aber es ruhen Rechte Dritter darauf, die
   1. das Recht zwar nicht vernichten, den Gebrauch aber hindern oder einschränken (Rechte an der fremden Sache), oder solche, die
   2. im Stande sind, es völlig zu vernichten, die aber, ehe sie geltend gemacht sind, den Gebrauch nicht hindern (Pfandrecht, Grundschuld, dingliches Vorkaufsrecht, Resolutivbedingung).

Für all' diese drei Fälle bestimmt der Entwurf gleichmäßig, sobald das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist (§ 375, 376), kann der Erwerber vollen Schadensersatz fordern. Bis dahin, sofern der dingliche Vertrag wenigstens formell geschlossen, ist diese Klage gehemmt; der Erwerber begnügt sich mit der Verweigerung der ihm obliegenden Gegenleistung. Im römischen Rechte Folge des Systems, wird dieser Satz hier als Ausnahme von den allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung erscheinen; „aus Gründen der Praktikabilität und einer gewissen Billigkeitsrücksicht gegen den Veräußerer" sagen die Motive zu § 374 (II. S. 217); an anderer Stelle wird als der Hauptübelstand, der sich an das reine Verschaffungsprinzip knüpft, der Schwierigkeit der Berechnung des zu erstattenden Interesses gedacht (zu § 374 II. S. 217). Ist der dingliche Vertrag nicht abgeschlossen, die Mobilien nicht tradirt, der Grundbuchseintrag nicht erfolgt, so bleibt es bei den gewöhnlichen Grundsätzen für den Fall der Nichterfüllung: Schadensersatz und Rücktritt.

Jegliches Recht aus der Entwehrung fällt fort, sobald der Erwerber bei Schließung des Vertrages den Mangel kannte (§ 373), ausgenommen den Fall der Hypothek oder Grundschuld.

Es fragt sich nun, ob diese Wirkungen, wie sie hier kurz skizzirt, auf alle drei obigen Gruppen gleichmäßige Anwendung verdienen.

I. Das Recht, das veräußert wird, ist, trotz des formell vorhandenen dinglichen Vertrages, nicht übertragen.

Die Römer geben für solche Fälle vollen Schadensersatz, aber erst für den Fall der evictio. Der Verkäufer steht für das habere licere ein. Dies ist offenbar eine Folge des römischen Eigenthumssystems. Durch Tradition vom non dominus kann nie Eigenthum erworben werden. Auch der gutgläubigste Besitzer unterliegt der Klage des Eigenthümers. Ubi rem meam invenio, ibi vindico. Der Erwerber muß sich mit der Verschaffung des publizianischen Besitzes und der Ersitzungsmöglichkeit, also mit dem habere licere, begnügen. Das Erfahren des Rechtes des Dritten giebt noch keinen Raum für die Schadensersatzklage, denn mala fides superveniens schadet der Ersitzung nicht. Mußte aber der Erwerber die Sache hergeben, dann fordert er auch die Folgen der Garantie für den Erwerb des Rechtes, seinen Schadensersatz. Ob jene Art der Verpflichtung des Verkäufers die Folge der erst aus praktischen Gründen angenommenen Suspension war oder umgekehrt diese aus jener folgte, ist wohl kaum festzustellen. Thatsächlich bildet das römische System einen untrennbaren Theil der Prinzipien über den Eigenthumserwerb und das relativ bessere Recht. Die römische Eviktionslehre ist die Konsequenz der römischen Eigenthumstheorie. Das heutige Recht, wie es der Entwurf wiedergiebt, kennt ein ganz anderes sachenrechtliches System, es ist durchaus deutschrechtlich, und damit fehlt jene Grundlage für die Konsequenz des römischen Rechtes.

Die Motive erwähnen die Divergenz zwischen römischem und deutschem Sachenrechte nur, um daraus zu folgern, daß die Eviktionslehre nicht mehr die Bedeutung wie im römischen Rechte habe (Motive II S. 213). Es wird sich aber bei eingehender Betrachtung zeigen, daß diese Verschiedenheit des Sachenrechtes vom römischen zu einem andern Obligationenrechte führt. Rechte an Grundstücken, vom Volleigenthum bis zur kleinsten Wegservitut, können nur durch Auflassung und Eintrag in das Grundbuch erworben werden (§ 828, Motive III S. 158, § 874). Maßgebend für den Erwerb ist der Inhalt des Grundbuches (§ 837 Motive III S. 210 ff.). Auch wenn der Veräußerer nicht veräußerungsbefugt ist, sei es, daß ihm selbst nicht das zu Grunde liegende Recht zusteht, sei es, daß ihm die wirksame Verfügung verboten, er aber buchmäßig als Subjekt des Rechtes erscheint, das Veräußerungsverbot (einstweilige Verfügung) nicht eingetragen ist (Motive I S. 213), entsteht auf Grund der

Publizität des Grundbuches das Recht in der Person des Erwerbers. Nur wenn dieser die nicht aus dem Grundbuche ersichtlichen Thatsachen kannte, aus denen sich die Nichtübereinstimmung des Grundbuches mit der wirklichen Rechtslage ergiebt, ist der Erwerb unmöglich. Nach dem Plane der Grundbuchordnung kann andrerseits nur der eingetragene Berechtigte die Eintragung bewilligen (Note 2 f zu § 828). Ist also den formellen Erfordernissen genügt, von welchen der Erwerb des dem Erwerber zu verschaffenden Rechtes abhängt, d. h. ist auf Grund der Einwilligung des als berechtigt Eingetragenen die Eintragung des veräußerten Rechtes auf den Erwerber erfolgt, so ist damit auch das Recht erworben und für Entwehrung und Schadensersatz kein Raum. In dem einzigen Falle, in dem der Erwerb unterbleibt, dem der Kenntniß von dem Rechte des Dritten, versagt § 373 Abs. 1 ebenfalls die Entwehrungsklage.

Rechte an Mobilien erwirbt man durch Uebergabe der Sachen unter gleichzeitigem dinglichen Vertrage (§§ 874, 983, 1147). Fehlt es an der rechtlichen Grundlage des Veräußerers, so erhält der Erwerber dennoch das ihm veräußerte Recht, wenn er in gutem Glauben ist, d. h. nicht zufolge grober Fahrlässigkeit den Mangel des Rechtes des Veräußerers nicht kannte (§§ 877, 1147 Abs. 2),[16] es sei denn, daß es sich um eine gestohlene, verlorene oder sonst ohne den Willen des Innehabenden in dessen Innehabung gekommene Sache dreht (§§ 879, 1147 Abs. 2). In letzterem Falle kann nur durch 10jährige Ersitzung, die aber fortwährenden guten Glauben verlangt, das Recht erworben werden. Es bleiben also hier zwei Fälle für die Entwehrung, einmal der Erwerber kannte grob fahrlässig die Rechte der Dritten nicht, oder die Sache ist res furtiva. Für den ersten Fall geht das System des Entwurfs zu weit, für den zweiten nicht weit genug.

Die Motive zu § 877 (III S. 346) betonen, daß für die Mobilien eine Erschwerung gegenüber den Immobilien statuirt sei. Eine strenge Diligenzpflicht dürfe man von dem Erwerber nicht fordern, wohl aber kann man verlangen, daß derselbe, wenn Anlaß zu weiteren

[16]) Auf den Nießbrauch soll nach § 983 Abs. 2 (Motive III. S. 496) der Erwerb bona fide nicht ausgedehnt werden. Meines Erachtens mit Unrecht, da das Verkehrsbedürfniß dasselbe ist, wie beim Eigenthum, und insbesondere die Analogie des Rechts an Grundstücken dafür spricht. Daß der Nießbrauch meist unentgeltlich bestellt wird, kann nicht von Bedeutung sein, da der Entwurf prinzipiell die Vertragsursachen für unerheblich erklärt.

Nachforschungen vorliegt, einen solchen Anlaß nicht grob fahrlässiger Weise unberücksichtigt läßt. Grobe Fahrlässigkeit ist zufolge § 146 Abs. 2 eine besonders schwere Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters [17]). In diesem Falle dem Erwerber, falls nicht der Veräußerer bewußt ihm eine fremde Sache giebt, den vollen Schadensersatzanspruch zuzubilligen, liegt kein Grund vor; dolus semper praestatur (§ 380 Abs. 2); allein wenn auf beiden Seiten eine mindestens gleiche Fahrlässigkeit steht, wäre die Belastung des Veräußeres unbillig (s. auch arg. § 345). Anders bei der gestohlenen Sache. Bei der römischen (außerordentlichen) Ersitzung schadet es nichts, wenn der Ersitzende das Recht des Dritten erfuhr; er mochte ruhig weiter besitzen und erst die Entreißung des Besitzes schloß den Rechtserwerb aus. Wenn aber zufolge § 886 die Ersitzung des Eigenthums der res furtiva durch Kenntniß ausgeschlossen ist, so muß dies der entscheidende Moment zur Geltendmachung der Rechte gegen den Veräußerer sein. Die Billigkeit gegen den Veräußerer wird zur Härte gegen den Erwerber. Jedem rechtlichen Manne sagt sein Gefühl, daß, wenn er entdeckt, die Sache ist gestohlen, verloren, er sie nicht länger in Besitz behalten will; er bringt sie seinem Veräußerer wieder und fordert seinen Ersatz. Daß er warten soll, bis ihm die Sache fortgenommen ist, kann man ihm auch um deßwillen nicht zumuthen, weil er weiß, er werde niemals Eigenthümer werden. Wenn er auch dem Vindikanten gegenüber gemäß § 939, 940 Ersatz seiner Aufwendung auf den Erwerb fordern darf, so genügt dies einmal für ihn nicht, denn es ersetzt sein Recht nicht, ist zum andern für den Veräußerer unerheblich, denn dann muß er dem Eigenthümer gemäß § 939 Abs. 3, § 880 haften.

Das Resultat der Einzeluntersuchung ist also, daß bei Immobilien überhaupt der Fall des § 374 Satz 2 nicht vorkommt, daß bei Mobilien in den möglichen Fällen der Entwehrung die Bestimmungen der §§ 374, 377 nicht passen.

II. Der § 371 stellt die Belastung des Rechtes dem Fall der Nichtverschaffung gleich. Die Motive zu § 371 erklären einfach, ein Mangel im Rechte des Veräußerers liegt auch vor, wenn Rechte an die Sache 2c. bestehen, die der Dritte gegen den Erwerber geltend machen kann (S. 214). Weshalb diese Gleichstellung erfolgt, ist nicht

[17]) Ueber die Angemessenheit dieser Definirung s. Hölder, Arch. f. C. P. 73 S. 130 ff.

näher begründet. Die geschichtliche Entwickelung und das praktische Bedürfniß sprechen gegen die Parallele. Ob das römische und gemeine Recht überhaupt eine Relevanz von Rechten Dritter, insbesondere Servituten an dem veräußerten Objekt, kennt, ist streitig; wer sie aber anerkennt, giebt nur die ädilizischen Rechtsmittel.[18]) Das preuß. A. L. R., dessen Bestimmungen an Klarheit allerdings viel zu wünschen lassen, vermischt zwar die Haftung für Servituten scheinbar mit der für Entwehrung (I 11 §§ 183, 188 ff.), und doch behandelt die Praxis die Servituten als Mängel und wendet die ädilizischen Rechtsmittel an.[19]) Auf dem Gebiete des französischen Rechtes war das der Kodifizirung vorhergehende Recht durchaus römisch, d. h. es gab schlechthin die ädilizischen Klagen bei Servituten;[20]) die Verfasser des a. 1638 code civil entnahmen die betreffende Stelle aus Pothier, setzten sie aber ohne einen Grund dafür anzugeben[21]) unter den Titel „de la garantie en cas d'eviction," unmittelbar hinter den in a. 1637 behandelten Fall der theilweisen Entwehrung. Aber schon der Wortlaut verträgt sich nicht mit der Stellung, denn er giebt Rücktrittsrecht, wenn der Käufer bei Kenntniß der Servitut das Grundstück nicht erworben hätte, andernfalls „une indemnité". Und diese letztere faßten lange, trotz der widersprechenden Analogie der Eviktionslehre, die bedeutendsten Juristen als die actio quanti minoris auf.[22]) Also trotz der bewußten oder unbewußten Annäherung des Gesetzes an die Eviktionslehre drängt die Praxis auf den römischen Standpunkt, d. h. die Betrachtung der Lasten als geheime Mängel der Sache. Sie sind allerdings keine Mängel der Sache gleich der Krankheit etwa eines verkauften Thieres, aber sie sind ebensowenig Mängel im Rechte des Veräußerers, welche die Verschaffung des

[18]) Windscheid II § 391 Note 28 (S. 503 der 6. Aufl.) und die daselbst Zitirten. fr. 61 D. (21,1), Ob. G. H. f. Bayern in Seuffert's Archiv 37 Nr. 201 S. 283.

[19]) Koch Recht der Forderungen II S. 423 Note 24. Kommentar zum A. L. Bd. V S. 183 Note 27. Dernburg preuß. Privatrecht III S. 363. Foerster-Eccius Theorie und Praxis des preuß. Privatrechts 4. Bd. I S. 586.

[20]) Pothier traité de la vente I Nr. 201 pag. 213.

[21]) Das Einzige, was sich findet, ist eine Bemerkung des Tribunen Faure im rapport au tribunat (Poncelet I pag. 605), die aber hierüber nichts sagt.

[22]) Ich verweise z. B. nur auf Troplong traité de la vente Nr. 534. Die Opposition von Laurent principes t. 24 Nr. 272, 274 ist an sich richtig. Thatsächlich zeigt aber die andere Auslegung den Widerstand gegen den gesetzgeberischen Fehler.

veräußerten Rechtes hinderten. Sie bilden eine selbstständige Gruppe, deren rechtliche Beurtheilung nach Seite der für heimliche Mängel aufgestellten Regeln neigt.

Es kann sich hierbei nur um Grundstücke handeln. An den Mobilien bestehen keine derartigen Lasten; Rechte Dritter aus Nutznießung (wie auch aus Pfandvertrag) müssen bei dem Erwerb bona fide erlöschen; was oben von der groben Fahrlässigkeit des Erwerbers gesagt ist, gilt auch hier. Bei dem Grundstück ist das Recht, sei es Nutznießung oder sonstige Servitut nur wirksam, wenn es eingetragen ist. Wenn man also nicht mit dem Dresdener Entwurfe a. 157 Abs. 2, Oesterreich. B. G. B. § 928 aus diesem Grunde die Haftung für die in öffentlichen Büchern eingetragenen Lasten völlig verneinen will (s. hierüber Motive II S. 371), so ist und bleibt doch der Gedanke maßgebend, daß der Veräußerer erfüllte, wenn auch in mangelhafter Weise. Er übertrug das Eigenthum, wenn auch belastet,[23]) wie er die Sache ausfolgte, die er verkaufte, wenn sie auch fehlerbehaftet ist. Weshalb soll im ersteren Falle — stets abgesehen vom Dolus, der ja auch bei heimlichen Mängeln durchgreift (§ 385) — der Erwerber sich nicht gleichfalls mit dem Rücktritts- oder Minderungsrechte begnügen müssen? Dem Verkehrsbedürfniß genügt es, daß auf diese Weise für ihn gesorgt wird, umsomehr, wenn man (s. unten) auch bei den heimlichen Mängeln bei kulposem Verhalten des Veräußerers, dem kein gleiches Verschulden des Erwerbers entgegen steht, den Schadensersatz gewährt. Der Erwerber weiß, daß alle Lasten im Grundbuche stehen müssen; es bedarf, um sich volle Gewißheit zu verschaffen, nur eines Ganges zum Grundbuchamt. Verläßt er sich völlig auf seinen Gegner und die ihm, aber nur beim Verkaufe, obliegende Pflicht zur Mittheilung über die Lasten, dann wird es sich eben fragen, wessen Schuld überwiegt, um die Schadensersatzpflicht aufzustellen. Jedenfalls fehlt die Grundlage, die sich für die Nichtverschaffung des Rechtes findet, die Nichterfüllung.

Es wäre § 371 zu streichen und am Schlusse der Lehre von den heimlichen Mängeln hinter § 398 einzufügen: „Die Bestimmungen der vorstehenden §§ 381 bis 398 finden entsprechende Anwendung, wenn eine veräußerte Sache oder ein veräußertes Recht mit Rechten

---

[23]) Daß die Servitut kein Stück des Eigenthums ist, kein „démembrement", wie es noch Laurent a. a. O. nennt, so daß nur noch ein zerstückeltes Eigenthum übertragen wird, dürfte jetzt feststehen, s. Windscheid I § 200 Note 3.

eines Dritten, welche gegen den Erwerber geltend gemacht werden können, belastet ist."

III. Anders steht es mit der dritten Gruppe (II 2) und den Fällen, welche weder die Entstehung noch die Ausübung des veräußerten Rechtes hindern, die aber im Falle ihrer Ausübung das Recht wieder vernichten. Sie zeichnen sich dadurch aus, daß der Erwerber sie nicht kennt, daß ihn jedenfalls die Kenntniß vom Erwerbe nicht abschreckt, weil er die Nichtausübung annimmt und die Bewirkung des Nichtgebrauchs durch den Veräußerer erwartet. Es sind dies wesentlich die Hypothek- und Grundschulden, für welche schon § 373 Abs. 2 die Unerheblichkeit der Kenntniß des Erwerbers statuirt. Hinzuzufügen wäre der Fall des im Sachenrecht mit ähnlicher Wirkung ausgestatteten dinglichen Vorkaufsrechtes und das Rückfallsrecht bei eingetragener Resolutivbedingung. Auch das dingliche Vorkaufsrecht erzeugt kein Veräußerungsverbot, es hemmt auch die Ausübung des erworbenen Eigenthums nicht, aber es giebt dem Vorkaufsberechtigten ein Recht, gegenüber jedem Erwerber die Auslieferung zu fordern. Auf die Ausübung des Vorkaufsrechtes braucht der Erwerber nicht zu rechnen (Motive III S. 458 Note 3), er darf also, wenn der Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch macht und ihm das Eigenthum wieder entzieht, gleich dem Falle der Hypothek gegen seinen Veräußerer vorgehen. Und ein ähnliches Geschäft liegt bei der auflösenden Bedingung vor. Ruht eine Pfandlast oder Grundschuld auf der Liegenschaft, so wird vielfach sie auf die Gegenleistung eingerechnet, vom Erwerber als Theil seiner Leistung übernommen werden (§ 318 Abs. 2, Motive II S. 148). Alsdann kann von einer Haftpflicht des Veräußerers keine Rede sein, denn ihm ist vielmehr der Erwerber verpflichtet, dafür zu sorgen, daß er (Veräußerer) von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen werde. Ist aber eine solche Abrede im Vertrage nicht getroffen, so besteht zwar keine Pflicht des Veräußerers, die Liegenschaft hypothekenfrei zu machen, wohl aber kommt er dafür auf, daß der Gläubiger gegen den Erwerber nicht vorgehe. Hier also ist die Entschädigungsklage des § 377 völlig am Platze. Hier ist die Lage, wie sie im römischen Rechte war. Der Erwerber weiß, er hat nur hypothekenbeschwertes Eigenthum erhalten; allein, wie im römischen Rechte durch die Ersitzung, hofft er hier durch anderweite Erledigung Freiheit der Sache zu erlangen. Ehe das Recht ausgeübt ist, drückt es ihn nicht; er wartet bis zur Hypothekenklage. Erfolgt sie, dann muß sein Veräußerer für alle Folgen einstehen.

Zutreffend ist es daher, wenn das Gesetz für den Fall der Hypothek das Wissen von derselben, der Verkehrsauffassung folgend, nicht als Ausschließungsgrund für die Entschädigung erklärt. Ob man diesen Satz auf die anderen Fälle ausdehnen darf, bei Verkauf und Resolutivbedingung dasselbe sagen, ist zweifelhaft. Hier liegt im Gegentheil die Vermuthung näher, daß der Erwerber, der trotz dieser Rechte Dritter erwirbt, die Gefahr der Ausübung derselben auf sich nimmt, besondere Vertragsabrede vorbehalten.

Die Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache.

(§ 381 bis § 411.)

I. Die §§ 381—398 reproduziren das Edikt der Aedilen in seiner modernen Form. Noch über die gemeinrechtliche Praxis hinaus werden sämmtliche Veräußerungen einer Sache, soweit sie keine Schenkung enthalten, von den Regeln über die Folgen der heimlichen Mängel ergriffen. Das ist die eine Erweiterung des Edikts und seiner Nachfolger. Die andere sanktionirt nur eine bereits bestehende Praxis, indem sie auch die generellen Verträge in ihren Bereich zieht (§ 398). Sonst ist die Materie die gleiche, insbesondere sind die Mittel: Wandelklage und Minderungsklage bei einfachem Vorhandensein der Fehler, bei wissentlichem Verschweigen und besonderer Zusage Schadensersatz, dieselben, wie im Systeme des corpus iuris und der modernen Rechte. Für den Thierhandel gilt das deutschrechtliche Prinzip. Es fragt sich:

1. Ob diese ädilizischen Klagen sich mit der weitgehenden Ausdehnung des § 381 auf alle Veräußerungsverträge in Einklang bringen lassen. Will man die Minderungsklage anwenden, so sagt § 392, daß die dem Erwerber obliegende Gegenleistung verhältnißmäßig herabzusetzen ist, setzt also das Vorhandensein einer Gegenleistung und demnach eines gegenseitigen Vertrages, bei dem für die Veräußerung der Sache ein Aequivalent gegeben wird, voraus. Und obwohl Gesetz und Motive schweigen, folgt doch aus § 392 eine Einschränkung des § 381. Aber auch bei den gegenseitigen Verträgen macht die Anwendung der Wandelung und Minderung Schwierigkeit. Der Aedil gab sie für den speziellen Marktkauf; auf den Kauf selbst beschränkt sich die römische Ausdehnung; sie ließ den Kaufpreis mindern oder zurückgeben, eine höchst einfache Arbeit. Wie aber, wenn die Gegenleistung in Anderem als Geld, wenn sie in einer

untheilbaren Sache oder gar in Diensten, in dem Gebrauche von Sachen (Miethe) oder Beiden gemischt (Gesellschaft) besteht, wenn, wie beim Vergleiche eine Anerkennung oder Verzicht das Aequivalent bildet? Für die Durchführung der Wandelung verweist § 387 auf die Regeln vom Rücktritt § 427 ff., die mit zwei, hier nicht in Betracht kommenden, Modifikationen anwendbar sind. Dort wird aber nur die Verpflichtung, dem andern Theile die empfangenen Leistungen zurückzugeben, konstatirt; der § 427 Abs. 2 spricht von Geld und andern Gegenständen; daß auch andere Leistungen als Sachen restituirt werden sollen, ist nicht berührt; Gesetz und Motive schweigen, wenn man nicht die kleine, nur im Vorüberstreifen gegebene, Erklärung zu § 427 (S. 281): „Hierzu (zum Restituiren) gehört auch die Befreiung von den infolge des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten, sowie die Ersatzleistung (?) für infolge des Vertrages geleistete Dienste" hierherzählen will. Ueber die Art und Weise der Rückgewähr in solchen Fällen ist jedenfalls hieraus nichts zu entnehmen. Daß man nur an Sachrestitution dachte, zeigen namentlich die Vorschriften über die Folge der Unmöglichkeit der Rückgewährung; ist sie zufällig, so befreit sie. Nun kann aber kein Mensch den von ihm gemachten Gebrauch einer Sache, die von ihm empfangenen Dienste, zurückgewähren, und so müßte man bei strenger Auslegung des § 427 Abs. 4 zur Unmöglichkeit der Restitution, sobald keine Sache Gegenstand der Gegenleistung ist, gelangen. Daß bei den Versuchen der Minderung der Gegenleistung dieselbe Schwierigkeit erwächst, ist offensichtlich. Es sind also zwei Möglichkeiten gegeben, entweder ist die in § 381 enthaltene Ausdehnung unrichtig, oder die Folgen der Mängel bedürfen mit ihrem Anwendungsgebiet eine entsprechende Erweiterung. Das römische Kleid ist dem heutigen Verkehr zu eng geworden.

Die Entscheidung liegt zu Gunsten des letzten Momentes, die Gewährleistung der heimlichen Mängel bildet einen der Anwendungsfälle der Erheblichkeit des sonst nicht erheblichen Irrthums über Eigenschaften einer Sache.[24]) Dies zeigen die Folgen: Aufhebung und Minderung der Gegenleistungspflicht, aber kein Schadensersatz ohne besonderes Schuldmoment. Wie weit bei den einzelnen Ver-

---

[24]) Auf diese Konstruktionsfrage einzugehen, ist hier nicht der Platz. Während die Motive Bd. I S. 128 diese richtige Ansicht aussprechen, wird sie von Motiven II S. 224 ff. ignorirt.

trägen dieser Irrthum erheblich sein soll, bestimmt das Verkehrsbedürfniß. Dem Deutschen Rechte fremd, durch die Pandekten eingeführt für den Kauf, erobert es sich mit fortschreitendem Verkehr immer mehr Boden. Mit Recht; denn jeder, der um Gegenleistung eine Sache erwirbt, hätte seine Leistung nicht gemacht, wären ihm die Mängel bekannt gewesen. Es bleibt also nur der zweite Fall, d. h. die mit der Ausdehnung der Erheblichkeit der Mängel Schritt haltende Ausdehnung der Reaktion gegen den durch Irrthum hierüber hervorgerufenen Willen, die Möglichkeit der Minderung und Wandelung bei Leistungen, die ihrer Natur nach nicht selbst zu mindern oder zu wandeln sind. Im Gesetzbuche selbst finden sich Fälle, die zum Anhaltspunkte dienen können. So bestimmt § 484 für den Fall des Vorkaufs, daß, wenn der dritte Käufer neben dem Kaufpreise in Geld schätzbare Nebenleistungen versprach, zu deren Erbringung der Vorkaufsberechtigte nicht im Stande ist, er statt deren den Geldwerth zahle. In § 404 wird die Wandelung beim Thierhandel zugelassen, auch wenn sie bei sonstigen Verträgen zufolge § 430 ausgeschlossen wäre, d. h. wo die Restitution in Natur nicht mehr möglich; an Stelle des Objektes tritt der Geldwerth. Hierin liegt auch das für den vorliegenden Fall verwerthbare Moment. Bei Gegenleistungen, deren Minderung oder Rückgewähr durch ihre Natur ausgeschlossen, tritt der Geldwerth an ihre Stelle. Hat also der Veräußerer für seine Sache die Dienste des Gegners empfangen, so erhält er seine Sache zurück, der Andere die Geldsumme, die, wäre der Dienstvertrag gegen Geld verabredet, zu leisten gewesen wäre; auf den Werth des Objektes ist hierbei ein Gewicht nicht zu legen, denn es soll keine Schadensersatz- sondern nur eine Restitutionsleistung erfolgen.

2. War hier die Ausdehnung des modernen Rechtes zweifelhaft, so ist andrerseits eine strikte Beibehaltung des römischen Systems nicht ohne Frage, die Fälle des Schadensersatzes in § 385.

a) Nach römischem jus civile würde für dicta et promissa in der Weise gehaftet, daß bei Nichtvorhandensein der zugesagten Eigenschaften ein Schadensersatzanspruch eintrat; dies bestand später neben dem ädilizischen Edikte fort und kam mit ihm in das moderne Recht. Zutreffend ist jedenfalls, daß der Entwurf die Zusage der Eigenschaft mit den verborgenen Mängeln als zusammengehörend behandelt. Die für das französische Recht vom R. O. H. G. (bad. Annal. 45 S. 140) und R. G. (Entsch. 12 S. 352) versuchte Konstruktion als Vertrags-

auflösung auf Grund des Art. 1184 ist jedenfalls nicht empfehlenswerth; eine Nichterfüllung liegt nicht vor, sowenig wie bei dem Vorhandensein heimlicher Mängel. Allein es fragt sich, ob denn in der ernstlich gemeinten (Motive II S. 225) Angabe von Eigenschaften der Sache eine Garantie mit der Wirkung der Schadensersatzpflicht liegt. Der Veräußerer steht kraft Gesetzes (§ 381 Abs. 2) für die Mängel der Sache ein, die nach der Verkehrsauffassung erheblich sind; es bedarf der Abrede der Parteien, daß auch andere Mängel erheblich sein sollen und dies liegt in erster Linie in der Zusicherung einer Eigenschaft.[25]) Es ist eine unbewiesene Annahme, wenn die Motive (II S. 228 zu § 385) erklären, in der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft könne nichts Anderes, als die Uebernahme der Garantie für das Vorhandensein und „das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einzustehen, wenn die Eigenschaft fehle", denn gerade der oben dargelegte andere Gesichtspunkt beweist das Gegentheil. Aus den späteren Normen über den Thierhandel ergiebt sich, daß die dortige besondere Zusage (§ 411) d. h. die Uebernahme der Haftung für einen nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehler nur die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die heimlichen Mängel im Gefolge hat. Was für den Spezialfall des Thierhandels die kraft Gesetzes erheblichen Hauptmängel, sind für die allgemeinen Fälle die kraft Verkehrsauffassung erheblichen Fehler. Dazu kommt, daß an anderer Stelle der Entwurf die Folgen des Nichtvorhandenseins zugesagter Eigenschaften auf Rücktritt oder Minderung beschränkt. Beim Werkvertrage (§ 569) ist der Schadensersatz nur dann gegeben, wenn der Mangel sich auf einen vom Uebernehmer zu vertretenden Umstand gründet. Die Motive (II. S. 479) bemerken hier, bei den Veräußerungsfällen (§ 385), wo auf Grund eines Garantieversprechens, ohne Rücksicht auf Verschulden, Schadensersatz für die fehlende zugesicherte Eigenschaft gefordert wird, sei von der Veräußerung einer individuell bestimmten Sache ausgegangen und hier sei die Unterstellung eines Garantieversprechens nicht ungerechtfertigt; sie sei gewagt, im Falle der Zusicherung eines erst zu beschaffenden Werthes. Allein es liegt einmal vielfach eher in der Hand des Schuldners, bei einer von ihm zu leistenden Arbeit, als bei einer individuell bestimmten

[25]) Dernburg Pandekten II § 100 Note 17 S. 266. Inwieweit sich für das römische ius civile die Garantiewirkung der dicta et promissa auf speziell römische Auffassung, namentlich des Verkehrs, zurückführen lassen, wird nie völlig festzustellen sein.

Sache für Eigenschaften zu garantiren, weit eher liegt dort eine eigentliche Nichterfüllung vor wie hier, zum andern aber passen die für den Werkvertrag und den Ausschluß der Garantie daselbst angeführten Gründe um's Haar auf den Verkehr einer vom Veräußerer herzustellenden Sache (§ 568). Dem gegenüber steht die Behandlung der Frage bei der Miethe (§ 505, § 506). Dort giebt das Gesetz Schadensersatz neben Rücktritt und Minderung, allein gleichmäßig im Falle des Vorhandenseins von Fehlern, wie des Fehlens von Vorzügen an der Miethsache beim Abschlusse des Vertrages. Ob und wann der Veräußerer eine Garantie übernehmen wollte, muß sich aus dem Vertrage selbst ergeben, es wird nicht vermuthet werden, und deshalb dürfte für die besonders zugesagte Eigenschaft im Zweifel nur die Relevanzerklärung des Irrthums über sie gewollt sein und daher § 381 genügen. Die Worte in § 385 „eine zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden gewesen oder", sind zu streichen. Entsprechend wäre § 398 Abs. 3 zu ändern.

b. Der zweite Grund des Schadensersatzes, wissentliches Verschweigen des Mangels beim Vertragsschlusse, scheint zu eng. Auch hier liegt römisches Marktrecht vor, dessen Ausdehnung der Verkehr fordert. Die Motive (II. S. 229) begnügen sich, die Schadensersatzpflicht im Falle des dolus zu begründen; sie bemerken nur, daß aus §§ 383, 385 im Falle bloßer Fehlerhaftigkeit, ohne dolus, der Erwerber auf die ädilizischen Rechtsmittel beschränkt sei. In den Motiven zu § 387 (S. 232 Abs. 4) wird die Haftung für den durch die Sache zugefügten Schaden abgelehnt. „Schuldfreiheit des Veräußerers vorausgesetzt, ist es immer hart, diesen zu verpflichten, den fraglichen Schaden zu ersetzen, obschon er weder eine Eigenschaft zugesichert, noch einen Mangel verhehlt hat." Es giebt aber außer dem dolus noch eine Schuld, die Fahrlässigkeit; sie ebenfalls verneint die Schuldfreiheit und bejaht die Haftpflicht. Dafür spricht einmal wiederum hier die Analogie des § 569. Wenn ein Küfer dem Winzer mit dessen Holze fehlerhafte Fässer fahrlässig liefert, so legt ihm § 569 Abs. 3 die Schadensersatzpflicht auf. „Verschulden" genügt nach den Motiven (II. S. 481) zu den vom Uebernehmer zu vertretenden Umständen. Wenn der Küfer selbst das Holz stellt, ist er frei von Haftung, sofern er nur den Fehler bei der Ablieferung (§ 398 Abs. 3) nicht kannte. Weshalb dieser Unterschied? Des Weiteren verläßt der Entwurf den Standpunkt des römischen Rechtes auf dem Gebiete der Deliktsobligation (§ 704 ff.). Schaden,

der durch Fahrlässigkeit einem Andern zugefügt ist, muß ersetzt werden (Motive II S. 725). Die Verletzung des Rechtes aus einem Schuldverhältnisse ist nicht „Gegenstand der Vorschriften über unerlaubte Handlungen" (Motive II S. 727). Es wäre also ein Dritter, nicht im obligatorischen Nexus Stehender, unter demselben schuldhaften Verhalten schadensersatzpflichtig, unter dem der obligatorisch Verpflichtete es nicht wäre. Stellt A. unbefugt, etwa aus Irrthum, ein krankes Thier, dessen Krankheit er bei der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters hätte erkennen müssen, in den Stall des B., so steht er für den durch die Ansteckung entstehenden Schaden gemäß § 707 ein; liefert er in derselben Weise dasselbe Thier als Erfüllung des Kaufs, so ist er gemäß § 383, 385 von jeder Haftung für Schaden frei. Endlich hat auch schon in neuerer Zeit die Praxis, namentlich im Gebiete des französischen Rechtes, das auch in seinem Gesetzestext denselben Zwiespalt zwischen außerkontraktlichem und kontraktlichem Verschulden zeigt (Art. 1383 und 1641 ff.), die Haftung des Veräußerers für heimliche Mängel auch bei einfacher Fahrlässigkeit erstrebt; so namentlich ein Urtheil des Reichsgerichts II. C. S. vom 25. November 1884 (Entsch. 12 S. 322). Im gewöhnlichen haben die Verkäufer zwar nicht die Pflicht, im Interesse des Käufers die Waare zu untersuchen; vorhandene Mängel nicht entdeckt zu haben, ist nur dann Verschulden, wenn er sie bei einiger Sorgfalt hätte erkennen müssen. So urtheilt auch O. L. G. Karlsruhe (in Puchelt's Zeitschr. f. frz. C. R. 18 S. 215). Es wird jeweils im einzelnen Falle festzustellen sein, ob dem Veräußerer eine Untersuchungspflicht obliegt, und ob er dieser genügt hat; auch wo sie zu verneinen, muß er dann haften, wenn auch ohne Untersuchungspflicht die Fehler bemerkbar waren, wenn ihn also ein Vorwurf dahin trifft, daß er den Fehler nicht kannte und den Erwerber davor bewahrte. Soweit § 382 jeden Einfluß des Mangels wegen Verschuldens des Erwerbers ausschließt, hat es hierbei sein Bewenden. Selbstverschulden des Erwerbers läßt keine Haftung des Veräußerers zu.

3. Ausgeschlossen ist der Anspruch wegen Mängel der Sache, wenn sie auf Betreiben eines Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird (§ 395). Als Grund geben die Motive (II S. 237) die nothwendige Berücksichtigung der Stellung des Schuldners wie des Gläubigers bei solchen Veräußerungen an, ohne zu bestimmen, wie diese ist. Der Grund liegt offenbar darin, daß es an einem Veräußerer im Sinne des § 381 fehlt. Der Zwangs-

verkauf ist kein Verkauf, denn es fehlt die Willenseinigung des Eigenthümers und des Erwerbers. Ob der Gerichtsvollzieher das Eigenthum des Schuldners kraft staatlicher Zwangsgewalt diesem entzieht und dem Erwerber überträgt, oder ob er jenes vernichtet und neues Eigenthum schafft, jedenfalls fehlt es an einem Kontrakte, den die §§ 381 ff. verlangen.[26]) Ist dies aber die Idee, welche das Gesetz trägt, so muß die Regel auf alle Fälle Anwendung finden, in denen derselbe Grundgedanke vorwaltet. Dies ist bei der Versteigerung auf Grund eines Pfandrechtes gegeben, wenn dieser Fall auch nicht dem Wortlaute nach unter § 395 fällt. Bei Immobilien wird der Weg der Zwangsvollstreckung zur Ausübung des Pfandrechtes dienen (§ 1075); beim Faustpfand dagegen (§§ 1165 ff.) erfolgt die Befriedigung des Gläubigers durch „Verkauf" des Pfandes nach vorheriger Androhung im Wege der Versteigerung durch einen zur Versteigerung befugten Beamten. Aehnlich wirken die Bestimmungen des Art. 311 H. G. B. für das kaufmännische Pfandrecht und 315 für das Retentionsrecht. Eine Weiterfassung des § 395 empfiehlt sich etwa dadurch, daß man hinter „Zwangsvollstreckung" einschaltet: „oder in Ausübung eines Faustpfand- oder ähnlichen Rechtes."[27])

4. Die „Ansprüche" auf Wandelung und Minderung unterliegen einer kurzen Verjährung. Nur um für diese eine Grundlage zu gewinnen, ist der Wandelung und Minderung die Anspruchsqualität beigelegt (Motive II S. 238), im Gegensatze zu der sonstigen Auffassung vom Rücktrittsrechte. Die Frist als Präklusionsfrist zu gestalten wird ausdrücklich abgelehnt und zwar weil es eine „mehr als bedenkliche Neuerung" sei. Indeß ist es doch gerade fraglich, ob, was der Entwurf durch die Konstruktion als Anspruch erreichen will, nämlich die Anwendbarkeit der Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung, erstrebenswerth erscheint. Der Zweck der kurzen Verjährung des § 397 ist zweifellos, wie die Motive (S. 239) sagen „weil die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist." Dieser Zweck kann aber nur erreicht werden, wenn, wie es auch der code

[26]) s. Stobbe, deutsches Privatrecht II S. 153, O. A. G. Darmstadt in Seuffert's Archiv 19 Nr. 17, O. A. G. Oldenburg das. 24 Nr. 214.

[27]) Ueber eine ähnliche Ausdehnung der Zwangsvollstreckung auf Pfandverkauf s. § 469 Motive II S. 332.

civil für seine kurzen Verjährungen festsetzt (Art. 2278), die Hemmungsgründe keine Anwendung finden. Dies führt aber eben auf die Legalfrist. Am deutlichsten zeigt sich der Mißstand aus dem Verjährungssystem dann, wenn man die vierzehntägige Verjährungszeit beim Thierhandel betrachtet. Wäre der Berechtigte z. B. ein Minderjähriger, dessen Vormund kurz nach dem Kaufe des Pferdes starb, der 3 Monate nach dem Tode des Vormundes volljährig wird, so dehnt sich die Verjährung für ihn von 14 Tagen auf 3½ Monate aus (§ 166), ein Resultat, das der gesetzgeberischen Intention widerstrebt, die, um des allgemeinen Verkehrsbedürfnisses willen, die Interessen des Einzelnen durch die kurze Frist absichtlich nicht beachtet und verletzt. Auch ist beachtlich, daß in neuerer Zeit Versuche der Konstruktion gerade der ädilizischen Fristen als Präklusionsfristen gemacht wurden, ein Symptom dafür, daß ein Hemmen und Unterbrechen nicht zweckmäßig wäre[28]), sowie daß gerade in den modernen Gesetzen über Gewährleistung beim Thierhandel die Konstruktion als Legalfrist gewählt ist.[29]) Auch erscheint jene ausnahmsweise gestattete Verlängerung der Verjährung (§ 397 Abs. 3), die vollständig im Widerspruche mit dem Wesen der Verjährung und ihrer abstrakten Rechtsnatur steht (s. § 185 Motive I S. 346), gerade als ein Zeichen, daß eine Legalfrist, deren Eigenthümlichkeit im Gegensatze zur Verjährung in der Parteidisposition besteht[30]), in Frage sei.

Würde das in § 397 stabilirte Recht gesetzlich befristet, so müßte dies konsequent zu gleicher Bestimmung bei § 571 für den Werkvertrag führen.

Die Frage der Garantiefrist ist absichtlich nicht geregelt (Motive II S. 241); ihr Sinn soll aus den Umständen des einzelnen Falles entnommen werden. Die Folgen einer gesetzlichen Vorschrift, die natürlich nur als Interpretationsregel erschiene, wären aber auf jeden Fall segensreicher, als die Folgen der Unterlassung, denn meist haben eben die Parteien gar nichts gedacht. Der Fabrikant, der für eine Maschine ein Jahr lang „garantirt", wird stets behaupten, daß alle Ansprüche nach Umfluß dieser Zeit erloschen sind; der Erwerber will stets ein Einstehen, wenn der Fehler sich nur in jener Zeit zeigte.

---

[28]) Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung (1880) S. 134 und das daselbst zitirte Urtheil.

[29]) Hachenburg, das Recht der Gewährleistung beim Thierhandel (1888) S. 191 ff.

[30]) Grawein a. a. O. S. 127, 133 ff.

Eine Analogie zur Entscheidung bietet das Recht der Fristen im Thierhandel. Die Gewährfrist entspricht der Garantiefrist. Erst nach deren Umfluß beginnt der Lauf der Klagefrist oder Verjährung. Eine Regel, daß im Zweifel durch die Garantie der Lauf jener in § 397 festgesetzten Fristen um jene Garantiezeit hinausgeschoben sei, daß im Zweifel anzunehmen, es müsse der Mangel in jener Zeit hervorgetreten, nicht auch die Rechte hieraus geltend gemacht sein, dürfte der Praxis einen willkommenen Dienst erweisen. Für die Würdigung des einzelnen Falles bleibt stets daneben Raum.

5. Die heimlichen Mängel beim Handel mit den wichtigsten Hausthieren sind nach den in den meisten neuesten Partikularrechten aufgenommenen deutschrechtlichen Prinzipien geregelt. Die Gründe sind wesentlich praktischer Natur; die Ausführungen der Motive (II. S. 249 ff.) erscheinen durchgreifend; es sind kleine Nachtheile um großer Vortheile willen. Da, wo das System eingeführt ist, wird es der Handel und die Rechtsprechung nicht mehr missen wollen. Das Gesetz acceptirt die Ideen des deutschen Systems vollständig: kurze Gewährfristen, in denen der Fehler sich zeigen muß und hieran anknüpfend die Präsumtion des Vorhandenseins bei der Uebergabe des Thieres und Präklusion aller später offenbar werdenden; Beschränkung der erheblichen Fehler auf bestimmte Hauptmängel und der Rechte des Erwerbers auf die Wandelung.

a. Daß gegen die gesetzliche Vermuthung (§ 402) der Gegenbeweis statthaft ist, entspricht der Billigkeit (Motive II. S. 252). Die Fristen sind zum Gesetze gewordene Wissenschaft. Sie beruhen nicht auf praktischen Erwägungen des Verkehrs, sondern auf dem Ausspruch der Thierheilkunde, daß bestimmte Fehler eine bestimmte Zeit lang im Thierkörper verborgen sind. Ihr Zweck ist, an Stelle des in jedem einzelnen Falle zu erhebenden, oft divergirenden und daher der Verkehrssicherheit hinderlichen thierärztlichen Gutachtens eine einheitliche, auf der Durchschnittserfahrung beruhende, Ansicht aufzustellen. Hieraus folgt für die Art des Gegenbeweises, daß er nicht, wie es sich in der Praxis hie und da zeigt, durch Berufung auf das Gutachten eines Sachverständigen darüber, es sei nach den Umständen des Falles, nach der Art der Symptome Existenz der Krankheit bei der Uebergabe nicht anzunehmen, geführt werden darf. Er muß sich vielmehr auf den Nachweis eines bestimmten Umstandes richten, aus dem sich die spätere Entstehung ergiebt, denn durch die erstere Art des Gegenbeweises wäre der Vortheil des Gesetzes wieder

aufgehoben.[31]) Eine ausdrückliche Aufnahme dieses Momentes ist wünschenswerth.

Die Größe der einzelnen Gewährfristen wie die maßgebenden Mängel sollen jeweils durch bundesräthliche Verordnung festgestellt werden, eine jedenfalls nur zu billigende Anordnung.[32]) Es ist damit der wechselnden Auffassung der Wissenschaft Rechnung getragen. Wie aber, wenn diese Verordnung wechselt, während die Gewährfrist für ein verkauftes Thier noch läuft, die Krankheit erst unter der neuen Vorschrift sich zeigt? Hat durch Kauf und Uebergabe der Erwerber bereits ein wohlerworbenes Recht, oder ist die neue Verordnung, die ja nur eine irrige Auffassung richtig stellt, maßgebend? Da der Entwurf keine Bestimmung über zeitliche Kollision giebt, wäre nach der einen oder anderen Richtung — denn für beide sprechen gewichtige Gründe — eine gesetzgeberische Regelung rathsam.

Ist die Frist durch Vertrag der Parteien verlängert, so sollen zufolge § 410 dieselben Grundsätze, wie für die gesetzliche gelten. Nun sagt die gesetzliche Frist, daß nach den Erfahrungen der Wissenschaft die vor ihrem Ablauf sich zeigende Krankheit bei der Uebergabe vorhanden war; sie sagt zugleich, daß für die später auftauchende dies nicht der Fall, so daß bei verlängerter Frist das Gegentheil eher anzunehmen. Es fehlte also auch nicht an Stimmen, die für diesen Fall die Vermuthung völlig streichen wollen.[33]) Diskutirt wurde andererseits die Frage, ob ein Gegenbeweis bei verlängerter Frist statthaft sei.[34]) Es wird eine Entscheidung weder für eine dieser Meinungen, noch für die unbedingte Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmung über Vermuthung mit Gegenbeweis möglich sein. Die Praxis zeigt, daß nur aus den jeweiligen besonderen Umständen der Parteiwille zu entnehmen ist; im Zweifel dürfte allerdings die Anwendung der gesetzlichen Normen gewollt sein.[35]) Der § 410

[31]) Korrekt bestimmt ein der badischen 2. Kammer 1837 vorgelegter, aber nicht zur Berathung gelangter, Entwurf in § 3: „— sofern er nicht beweist, daß die Krankheit durch Thatumstände veranlaßt sei, die sich erst nach Abschluß des Kaufs ereignet haben.“ S. Hachenburg a. a. O. S. 100.

[32]) Dieselbe Idee hatte schon der oben Note 31 zitirte badische Entwurf von 1837.

[33]) Kübel im Württemb. Archiv 21 S. 50.

[34]) So Kommissionsbericht der 1. badischen Kammer bei Berathung des Gesetzes vom 23. April 1859 im Beilageheft zu den Protokollen 1858 S. 349.

[35]) Hachenburg a. a. O. S. 122 ff.

bedürfte daher dieser Beifügung („im Zweifel"), um auszudrücken, daß auch in der Verlängerung entweder mehr oder weniger, als das Gesetz in § 401 an die Frist knüpft, liegen kann.

b) Die Streichung der Minderungsklage hat sich in der Praxis bewährt; zu begrüßen ist auch, daß die in einzelnen Gesetzen (Baden, Württemberg, Hohenzollern, Bayern, Sachsen-Koburg) sich findende Minderungsklage beim Schlachtvieh, die in Wahrheit Entschädigungsklage ist, verschwunden ist. In solchem Falle tritt § 404 Abs. 2 ein, der die Wandelklage zuläßt, auch wo nach allgemeinen Grundsätzen über den Rücktritt dieser versagt, in den Fällen des § 430 also, wo durch Verfügungen des Erwerbers über die Sache ihm deren Rückgabe, wie er sie empfing, unmöglich wurde. Hierzu ist insbesondere das Schlachten zu zählen. An Stelle der Sache tritt ihr Werth. Nun soll dieser für den Zeitpunkt bestimmt werden, in welchem der Erwerber die sonst die Wandelung ausschließende Handlung vornahm; es ist also in all' den Fällen, in denen der Fehler sich erst am geschlachteten, überhaupt dem veränderten Thiere zeigte, der Zeitpunkt, bei dem das Thier noch fehlerfrei erschien, maßgebend. Das Resultat entspricht der Billigkeit nicht. Kauft Jemand einen Ochsen um 400 Mark, so wird er zur Zeit der Schlachtung diesen Werth meist noch repräsentiren; zeigt sich nach der Schlachtung Perl- oder Lungensucht, so ist der Werth meist gleich null. Fordert er seinen Kaufpreis wieder, so zieht sein Verkäufer ihm den Werth des Thieres zur Zeit der Schlachtung ab, also den Vollwerth, und es bleibt dem Käufer nichts, so daß im Resultate der § 430 wieder eingeführt wäre. Wenn aber der Fehler bei der Werthschätzung des Thieres bereits berücksichtigt werden soll — eine allerdings schwere Aufgabe — so müßte dies im Gesetze ausgedrückt sein; der Wortlaut sagt das Gegentheil. Allein auch dann scheint der der Billigkeit entsprechende Weg nicht gefunden, denn zufolge § 427 Abs. 4 trägt der Veräußerer die Gefahr der veräußerten Sache; zufälliger Untergang oder Verschlechterung sind zu seinen Lasten. Wenn das vom Käufer kastrirte Pferd sich als mondblind herausstellt, inzwischen nach der Kastrirung einen Beinbruch erlitt, so wäre auch bei Schätzung des Werthes zur Zeit der Kastrirung und unter Annahme jener Krankheit die zufällige Verschlechterung zu Lasten des Erwerbers. Um dies zu vermeiden, müßte der Werth maßgebend sein, den das Thier bei der Geltendmachung der Wandelung ohne die Verfügung des Erwerbers hätte; es wäre also in obigem Falle das Thier in seiner jetzigen Beschaffenheit auf

den Werth zu schätzen, den es als Hengst hätte, ein Resultat, das auch praktisch leichter zu erreichen ist.

c) Eine besonders in der Praxis häufige Rolle spielt der Dolus. Wenn die Gewährfrist oder Klagefrist umlaufen ist, oder ein Nicht-Hauptmangel vorliegt, wird die Klage darauf gestützt, daß der Veräußerer in Kenntniß des Fehlers gehandelt habe; der Beweis wird durch Eid geführt und bildet eine oft sehr gefährliche Waffe für den Erwerber. Nach dem Systeme des Entwurfs findet der Grundsatz der §§ 385, 397 Abs. 2 direkte Anwendung. Es genügt nach § 407 Abs. 2 der einfache Dolus, um, unabhängig von den Fristen, die Rechte aus dem Mangel abzuleiten. Dagegen soll, wie die Motive zu § 409 (S. 263) mittheilen, der Veräußerer wegen Verschweigens eines nicht unter § 407 fallenden Hauptmangels nicht in Anspruch genommen werden dürfen; andernfalls wäre der Zweck des deutschrechtlichen Prinzips, namentlich Vermeidung von Prozessen, in hohem Grade gefährdet. Ist nun das Letztere — wie nicht zu bestreiten — zutreffend, so fragt sich, ob in der einfachen Nichtansage eines dem Verkäufer bekannten Mangels Grund genug liegt, von der kurzen Frist, die doch ebenfalls die Prozesse abschneiden soll, abzuweichen. Hier bliebe die ordentliche dreißigjährige Verjährung und dies ist entschieden zu lang. Zweifellos kann der Vertrag über ein Thier, das einen Nicht-Währschaftsmangel trägt, wegen Betrugs angefochten werden (§ 103), unter Schadensersatzforderung (§ 704 ff.), wobei dann die dreijährige Verjährung des § 719 eintritt. Allein gerade hieraus folgte, im Zusammenhalt mit der Auffassung der Praxis, daß das Verschweigen des Hauptmangels zwar Schadensersatzansprüche geben soll, aber doch wieder beschränkt auf die Frist des Gesetzes. Nur wo der Thatbestand des Betruges, d. h. ein qualifizirtes Verheimlichen, vorliegt, ist für diesen das besondere Recht maßgebend.

Aus einzelnen Verträgen.

1. Kauf und Tausch.

Daß der Verkäufer der Sache zur Verschaffung des Eigenthums verpflichtet ist, folgt schon aus dem zu § 371 besprochenen Verschaffungsprinzip; der § 459 enthält nur dessen Anwendung. Ebenso darin, daß der Verkäufer die Sache ausliefern muß, wenn er diese selbst oder ein Recht an ihr verkaufte, dessen Ausübung die Innehabung der Sache erfordert. Hinzuzufügen wäre, daß er da, wo das

veräußerte Recht dies nicht verlangt, die thatsächliche Einwirkung auf die Sache zu gestatten habe. Diese detaillirte Aufzählung der einzelnen Fälle in § 459, die dennoch nicht vollständig ist, da sie namentlich auf die Uebertragung immaterieller Rechte, z. B. Verkauf von Patenten, Geschäft mit Firma u. s. w. nicht mitumfaßt, wäre besser durch einen allgemeineren Satz zu ersetzen. Es genügte, zu sagen: „der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das verkaufte Recht zu verschaffen und ihn zur thatsächlichen Ausübung desselben in Stand zu setzen.“ Die Ausführung für den einzelnen Fall wird man ruhig der Praxis und Wissenschaft überlassen dürfen.

Eine Neuschöpfung für viele Rechtsgebiete ist die Pflicht des Käufers zur Abnahme (§ 459 Abs. 2). Sie steht als Ausnahmevorschrift, nebst der des § 572 für Werkvertrag, der Regel, daß keine Pflicht zur Annahme der Leistung bestehe, gegenüber. Ihre praktische Wirkung wird wesentlich auf prozessualem Gebiete sein, denn sie giebt dem Verkäufer den Gerichtsstand der Erfüllung an seinem Erfüllungs-, also im Zweifel an seinem Wohnorte. Daß er dann dortselbst gleichzeitig auf Zahlung des Kaufpreises klagen dürfe, ist damit noch nicht gesagt.[36]) Materiell dürfte der Verkäufer zufolge der Vorschriften über Annahmeverzug meist dasselbe erreichen. Eine Ausdehnung der §§ 459 Abs. 2 und 572 auf analoge Fälle, insbesondere auf alle Veräußerungsverträge, wird nicht erfolgen, da auch die Motive (II. S. 76 zu § 261) ausdrücklich hervorheben, es handle sich um ausnahmsweise Bestimmungen. Und doch liegt kein Grund vor, der den Kaufvertrag in dieser Richtung vor den anderen Veräußerungskontrakten hervorhöbe.

Der sonst in einzelnen Kodifikationen (z. B. Preuß. A. L. R. I. 1 § 268, Dresdener Entwurf a. 466) beim Kauf sich findende Vorbehalt des Eigenthums ist vom Entwurf nicht behandelt, da seine Bedeutung auf dem Gebiete des Sachenrechtes liege (Motive II S. 319). Es handle sich um Suspensiv- oder Resolutivbedingung beim dinglichen Vertrage. Der sachenrechtliche Theil nun bestimmt für Grundstücke, daß es keine Auflassung und Eintragung unter aufschiebender Bedingung gebe (§ 870), daß aber die zulässige auflösende Bedingung, falls sie eingetragen ist, auch gegen Dritte ein Rückfallsrecht erzeugt (§ 871, Motive III S. 320 ff.). So klar die Sache hier, so schwierig wird sie bei den Mobilien. Das Gesetz schweigt; ein Verbot der

[36]) Urtheil des Reichsgerichts vom 2. Mai 1883. Entsch. 10 S. 350.

Suspensivbedingung, wie bei Liegenschaften, besteht nicht; der Entwurf ist auch, wie die Motive (III S. 337) versichern, nicht im Prinzip etwa wegen beabsichtigter Sicherungswirkung gegen den Eigenthumsvorbehalt; allein ob sie nicht mit der Tradition unverträglich, ob nicht die gegenwärtige Einräumung des Besitzes mit der Natur der Suspensivbedingung und mit der Absicht der Betheiligten in einem gewissen Widerspruche stehe (Motive III S. 339), ist sehr zweifelhaft, und es neigen die Motive offenbar dahin, diese Frage zu bejahen. Nur, meinen sie, schade die Ausschließung der aufschiebend bedingten Tradition nichts, da die auflösende Bedingung, die keinerlei Bedenken errege, genüge. Bei den Mobilien fehlt aber dieser die Wirkung gegen Dritte; zwar tritt die Wiederaufhebung des Eigenthumsübergangs kraft Gesetzes ein, aber erst vom Momente des Eintritts der Bedingung, und die in gutem Glauben inzwischen erworbenen Rechte Dritter bleiben bestehen, namentlich Pfändungspfandrechte (§§ 129, 130, 135, Motive I S. 254). Wenn der Verkäufer sich also durch die Bedingung der Vollzahlung des Preises sichern will, so hilft ihm weder die aufschiebende Form, denn diese ist ungültig, noch die auflösende, denn sie wirkt nicht zurück. Ein Versuch der Verknüpfung der Bedingung mit dem obligatorischen Vertrag nützt ihm ebensowenig, denn sofern er die Innehabung der Sache alsbald überträgt, unter der Formel, der Kauf sei erst wirksam, und der Käufer erst Eigenthümer, wenn er den letzten Pfennig bezahlt habe — eine Fassung, die namentlich im Gebiete des französischen Rechts häufig ist — dann liegt eine gleichzeitige Schließung des obligatorischen und des dinglichen Vertrages vor, und die Frage der Zulässigkeit der suspensiv bedingten Tradition taucht auf's Neue auf. Der Verkäufer sichert sich nur dann völlig, wenn er jeden dinglichen Vertrag, jede Erklärung, bei erfolgter Zahlung solle der Käufer Eigenthümer sein, direkt ausschließt und sich nur zum Abschlusse desselben bedingt verpflichtet. Er vermiethet dem Erwerber die Sache und verpflichtet sich, bei erfolgter Zahlung des Miethzinses in bestimmter Höhe zu verkaufen und das Bezahlte als Preis aufzurechnen. Daß die Verkäufer auf Abschlagszahlung sehr leicht herausgefunden haben werden, daß nur diese Form ihnen Sicherheit giebt, ist ebenso zweifellos, als daß die Käufer, als die wirthschaftlich Schwächeren, auch diese Fassung der Verträge annehmen müssen. Auf wessen Seite der Nachtheil ist, liegt auf der Hand, denn während früher der Käufer ein bedingtes Recht an der Sache erhielt, bleibt ihm nun nichts, als ein obliga-

torischer Anspruch, der ihm Seitens der Gläubiger des Verkäufers vereitelt werden kann. Das Bedürfniß des Eigenthumsvorbehalts, als Sicherung des kreditirenden Verkäufers, ist tief in unserem heutigen Leben begründet. Daß es seine Schattenseiten hat, ist unleugbar, allein eben deshalb empfiehlt es sich, die Materie zu regeln, um die Auswüchse zu beseitigen. Es bedürfte beim Kauf, denn nur dieser Fall ist praktisch, der Bestimmung, daß es statthaft sei, sich trotz der Uebergabe der Mobilien das Eigenthum vorzubehalten. Die Konstruktion, ob es eine gesetzlich statuirte suspensive Bedingung sei, ob resolutive mit ausnahmsweise rückwirkender Kraft oder was sonst, dürfte man auch hier wie an vielen andern Stellen der Wissenschaft überlassen. Daran anzuknüpfen wäre eine Vorschrift über das bereits gezahlte Kaufgeld, denn darin, daß der Erwerber, unter dem Namen Miethzins u. dgl., die Anzahlungen und die Waare verliert, liegt häufig die Unbilligkeit bei dieser Art Geschäfte. Es wäre daher festzusetzen, daß Geltendmachung des Eigenthumsvorbehalts Rücktritt vom Vertrage (§ 427 ff.) ist und zur Rückgabe des empfangenen Kaufpreistheils verpflichtet, vorbehaltlich eines für Verschlechterung der Sache und entgangenen Gewinn, also für Schadensersatz wegen Nichterfüllung, zu machenden Abzugs. Abreden, die das Gegentheil festsetzen, sind nichtig.

Bei den Liegenschaften wird wohl, da ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht des Verkäufers nicht besteht, denn der Entwurf kennt nur bedungene Hypotheken, die auflösende Bedingung zu einer hohen Bedeutung kommen. Bekanntlich bilden sich in der Praxis rasch, namentlich nach einigen Prozessen, feststehende Formulare, und so ist es nicht unwahrscheinlich, daß der Liegenschaftsverkäufer bei der Auflassung die auflösende Bedingung des Rückfalls bei nicht pünktlicher Zahlung stellt. Daß dies zur Erleichterung des Verkehrs und Sicherung des Erwerbes diene, läßt sich nicht wohl behaupten, der Entwurf steht indeß auch der gesetzlichen Hypothek in dem Sinne, daß hieraus eine Pflicht zur Pfandbestellung folge, nicht feindlich entgegen; dies zeigen z. B. die Bestimmungen beim Nießbrauche §§ 988, 1005 ff. und die Motive zum Hypothekenrecht (III S. 601, 602 Note 1). Es wäre also durchaus möglich, dem Verkäufer ein Recht auf Hypothek für den rückständigen Kaufpreis zu geben. Erhält er dies, dann bedarf er der auflösenden Bedingung zu seiner Sicherheit nicht. Für die thatsächliche Bestellung zu sorgen, eventuell sie zu erzwingen, ist dann seine Sache.

Die Bestimmungen über den Erbschaftskauf (§ 488 bis § 501) enthalten im Wesentlichen Regeln über die Vertragsauslegung, die sich auf das geltende Recht und die Erfahrungen der Praxis stützen. Daß die Parteien auch entgegengesetzten Willen haben können, ist natürlich. Nur in einem Punkte besteht absolutes Recht, bei der Haftung des Erwerbers für die Nachlaßschulden. Der Erbe haftet den Gläubigern nach wie vor; aber durch Schließung des Erbschaftskaufs tritt der Käufer als neuer Schuldner auch dem ihm nicht bekannten Gläubiger gegenüber ein. Jedem von Beiden steht, soweit es noch nicht erloschen war, das Inventarrecht selbstständig zu, Jeder kann die hieraus fließende Abzugseinrede geltend machen, Jeder das Gläubigeraufgebot veranlassen, Jeder durch Inventarerrichtung das Recht bewahren, Keiner kann aber mit Wirkung für den Andern das Recht vernichten, oder darauf verzichten. Die Motive, welche für die Aktivmasse die Universalsuccession ausdrücklich ablehnen (II S. 356), nehmen für die passive Seite „eine Art von Universalsuccession" an. Die Konstruktion kann um deßwillen nicht zutreffen, weil die Rechtsnachfolge in der Passivseite der Obligation den Uebergang auf den neuen Schuldner und damit die Befreiung des alten voraussetzt, genau so, wie es bei dem Rechte der Fall ist. Es ist logisch unmöglich, daß Vorgänger und Nachfolger die gleiche Pflicht tragen, denn es fehlt dann an der Nachfolge. Während nun das Gesetz genau denselben Fall für die Aktivseite der Obligationen § 313 als „generellen Abtretungsvertrag" betrachtet, so daß die Erleichterung eben nur darin besteht, daß die Bezeichnung der einzelnen Rechte nicht nöthig fällt (Motive II S. 142), soll bei genau demselben Falle für die passive Seite eine Gesammtnachfolge eintreten, ein Resultat, dem einmal die Analogie und gleichheitliche Behandlung beider Fälle widerstrebt, dem aber vor Allem entgegensteht, daß die Universalsuccession nur in einen Vermögensinbegriff möglich ist.

Bedeutsam ist, daß der Käufer in den Vordergrund tritt; er ist es, gegen den allein der Antrag auf Konkurseröffnung über den Nachlaß gestellt werden kann, und er allein, nicht auch der Erbe, hat das Recht dieses Antrags. Der Erbe aber haftet noch in völlig gleicher Weise, seine Haftung ist nicht etwa eine subsidiäre geworden, sondern er kann jeden Augenblick fürchten, direkt in Angriff genommen zu werden. Bricht der Konkurs aus, so hat diese Klage ein Ende, denn, sofern er das Inventarrecht nicht verlor, haftet er nur mit dem Erbvermögen. Er kann also, um diesen direkten Angriffen zu

entgehen, ein großes Interesse am Konkurse haben, während der Erwerber durch das Vorgehen des Gläubigers gegen den Erben hievon absieht. Da im Interesse des Gläubigers die einfache Subsidiarität des Erben, eine bürgschaftsähnliche Stellung nicht rathsam ist, da der Erbe Schuldner im vollen Umfange bleibt, so müßte man ihm auch das Recht des Konkursantrags belassen. Höchstens ließe sich die Frage, ob es nicht an ein Vorgehen des Gläubigers gegen ihn zu binden sei, erörtern.

2. Werkvertrag (§ 567 bis § 579).

1. Der Unterschied des Werkvertrages vom Kaufe ist aus § 568 ersichtlich. Die Abgrenzung gegen den Dienstvertrag ist durch §§ 567, 557 gegeben. Die Frage des Unterschieds vom Auftrage (s. Motive II S. 527) ist nicht vom Gesetze gelöst und auch die Andeutungen der Motive (II. S. 526), die sich zumeist mit Auftrag und Dienstvertrag befassen, genügen nicht. Daß der Unterschied praktisch von Bedeutung, liegt schon darin, daß der Werkvertrag stets ein gegenseitiger Vertrag ist, der Auftrag trotz Vergütung nie (Motive II S. 528). Die Grenze ist schwierig; dieselbe Handlung kann Gegenstand des Auftrags und des Dienst- oder Werkvertrags sein. Wann das eine oder das andere der Fall ist, kann nur für jedes einzelne Geschäft klar gestellt werden, aber das unterscheidende Merkmal ist die Widerruflichkeit auf der einen, die feste Bindung auf der andern Seite. Daß die Leistung des Beauftragten oder Uebernehmers, hier die Besorgung des Geschäfts, nicht angenommen werden muß, ist selbstverständlich; der Gläubiger geräth in Annahmeverzug, aber ein Zwang, daß er sich von dem Lehrer die Stunde geben läßt, oder seinem Freunde den Brief zur Besorgung auf die Post anvertraue, existirt nicht.[37]) Der Kernpunkt liegt offenbar darin, ob er mit der Weigerung der Annahme auch seiner Pflicht der Gegenleistung (Vergütung) ledig wird. Ueberall da, wo dies der Fall ist, liegt die freie Widerruflichkeit, der Auftrag, vor; fehlt dies, ist Werk- oder Dienstvertrag gegeben. Beim Auftrag liegt der Schwerpunkt in der Person des Auftraggebers; in seinem Interesse ist der Vertrag geschlossen, und daher hat der Beauftragte nur ein Recht auf Vergütung, wenn er seine Dienste leistete. Beim Werkvertrage ist beider-

[37]) Kohler Annahme und Annahmeverzug in Iherings Jahrbüchern 17 S. 267 ff.

seitiges Interesse gleichmäßig; Leistung steht gegen Gegenleistung, und der Uebernehmer hat ebensowohl Anspruch auf die ihm versprochene Erfüllung wie der Besteller, deßhalb ist jener ein einseitiger, dieser ein gegenseitiger Kontrakt. Ob nun die freie Widerruflichkeit, also das Zeichen des Auftrags, gegeben, bestimmt sich vielfach schon nach der Verkehrsauffassung, manchmal nach spezieller gesetzlicher Regel. Die Thatsache, daß eine Leistung auch dem Berechtigten obliegt, ist nicht von Bedeutung. Es wird also nach der heutigen Anschauung der Lehrvertrag als Werk- oder Dienstvertrag aufzufassen sein; der Anwalt dagegen ist nur Beauftragter, denn das Mandat ist jederzeit kündbar, und mehr als die bereits erwachsenen Deserviten sind nicht zu beanspruchen. Läßt sich hiernach ein Unterscheidungsmerkmal gewinnen, so wäre der Erwägung werth, ob man dies nicht stärker hervorheben sollte, als es im Entwurfe geschieht; man kann es sich aus § 597 Abs. 1 ableiten, allein es ist zu fürchten, daß das in der Praxis häufig gehörte Argument: „Es liegt ‚Auftrag‘ vor, also jederzeitige Widerruflichkeit," dadurch Boden gewinne. Und doch ist dies eine petitio principii, denn zum Auftrag gehört, daß der Vertrag widerruflich; dann erst, wenn dies im konkreten Falle erwiesen, steht die Auftragsnatur fest und können die weiteren Schlüsse hieraus gezogen werden.

2. Eine besondere Regelung erfährt die Materie der Mängel des Werkes. Auf Einzelnes wurde schon oben (bei den heimlichen Mängeln bei Veräußerungen) hingewiesen. Im Prinzip soll hier auch Wandelung und Minderung eintreten, nur sind diese Rechte hier einmal dadurch modifizirt, daß der Besteller zunächst die Beseitigung des Mangels innerhalb einer Frist zu fordern hat, falls die Beseitigung überhaupt möglich. Bei geringen Mängeln soll nur ein Recht auf Minderung bestehen. Ein Recht, die Mängel auf Kosten des Uebernehmers durch einen Dritten vornehmen zu lassen, giebt der Entwurf nicht. Das Reichsgericht in einem Urtheile vom 16. September 1884 (bad. Annalen 50 S. 363) läßt (nach Aufhebung der a. a. 1143, 1144 code civil) dies zu und zwar vom Gesichtspunkt der negotiorum gestio aus. Daß diese Konstruktion gekünstelt, liegt auf der Hand, denn der Besteller will nicht für den Uebernehmer, sondern für sich thätig sein. Die Bestimmungen des § 749 des Entwurfs über die Geschäftsführung ergeben dasselbe Resultat. Und doch liegt in dem Urtheile ein praktisch gesunder Gedanke, daß dem Besteller nicht mit Rücktritt oder Minderung gedient ist, daß er auch nicht

warten kann, bis er ein rechtskräftiges Urtheil auf Vornahme der Arbeiten hat und sich nach § 773 C. P. O. zu derselben ermächtigen lassen kann. Man denke z. B. nur an den Fall, wo er die Sache bereits weiter verkaufte und zur bestimmten Zeit abliefern muß, oder wo er in sein Haus einziehen will und die frühere Wohnung räumen muß u. s. w. Hier wäre ihm, neben dem Rechte auf Minderung und Rücktritt, zu gestatten, die Beseitigung des Mangels auf Kosten des Uebernehmers, wenn dieser sie nicht innerhalb bestimmter Frist besorgt, vornehmen zu lassen. Fehlt es an der rechtlichen Voraussetzung hiezu, so wird er dies auf sein Risiko thun. Zu dem Rechte auf Beseitigung des Mangels, welchen das Gesetz ausdrücklich anerkennt, muß aber auch die Befugniß, bei Weigerung des Verpflichteten sich selbst zu helfen, liegen.

3. Entsprechende Anwendung sollen die für die Mängel gegebenen Vorschriften, § 569 Abs. 1, auf den Fall finden, daß das Werk ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig hergestellt wird. Der Zusammenhang dieser Stelle mit dem Rücktrittsrechte beim gegenseitigen Vertrag überhaupt ist dort schon berührt. Hier steht in Frage, ob und inwiefern ein Gegensatz zu diesem Rücktrittsrecht hier vorliegt und sich rechtfertigt und inwieweit die Fassung des Gesetzes eine glückliche ist. Eine unmittelbare Anwendung des Abs. 1 und 2 ist jedenfalls nicht möglich. Die Aufforderung zur Erfüllung (Abs. 1) ist thunlich, eine Minderung jedoch nicht, denn entweder leistet der Uebernehmer nach jener Aufforderung nicht, dann erhält er auch nichts, oder er leistet und zwar voll und ganz, dann kann von einer Minderung nicht die Rede sein. Diese wäre Strafe für verspätete Erfüllung, ginge also noch über die Folgen des Verzugs, der doch thatsächlichen Schaden fordert, hinaus. Bleibt es nun beim Rücktrittsrechte, so unterscheidet es sich von dem für alle synallagmatischen Kontrakte verlangten (s. daselbst) dadurch, daß es keinen Verzug verlangt, d. h. daß auch die unverschuldete Nichtleistung den Rücktritt erlaubt. Eine Aufforderung muß (arg. Abs. 2) erfolgen; diese entspricht der Mahnung; es muß auch Pflicht der Fertigstellung des Werkes nach Abrede oder Uebung angenommen sein, so daß also nur die eine Besonderheit bleibt: auch die durch Zufall herbeigeführte Verzögerung schafft das Rücktrittsrecht. Daß ein praktisches Bedürfniß hierfür gegeben ist, betonen die Motive (II S. 483). Die Analogie des Dienstvertrags und Gesellschaftsvertrags zeigt, daß diese Verträge ebenfalls Fälle der Aufhebung ohne Verschulden kennen und dadurch gewinnt diese Erweiterung des

Rücktritts an Berechtigung. Doch bedürfte es der genauen Angabe und Feststellung dieses Rechtes. Es müßte direkt gesagt werden: „Im Falle das Werk ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig hergestellt wird, hat der Besteller das Recht des Rücktritts."

4. Eine interessante Bestimmung enthält § 575. Wenn der Besteller nach der Vollendung des Werkes in Annahmeverzug geräth, so treten die allgemeinen Folgen desselben ein (§§ 254 ff., 368 Abs. 2); wenn sich derselbe bei Beginn und während der Herstellung des Werkes zeigte, so bliebe zu Gunsten des Uebernehmers nur die Pflicht des Bestellers, den Mehraufwand für erfolgloses Anbieten und Aufbewahrung zu tragen (§ 261). Daß hiermit nicht gedient ist, wird in den Motiven (II S. 495) des Eingehenden ausgeführt. Es soll daher der Uebernehmer eine angemessene Vergütung erhalten; maßgebend ist dann die Dauer des Verzugs und die Gegenleistung. Ueber die Rechtsnatur dieses Anspruchs sprechen sich die Motive nicht aus. Er geht nicht auf Schadensersatz, denn die Leistung stützt sich weder auf Schaden noch auf Schuld; sie ist keine Gegenleistung, denn diese besteht nur für das Werk selbst. Eine gewisse Analogie bilden die Liegegelder des Seerechtes,[38]) die ja ebenfalls nur die Folge des Annahmeverzugs sind. Ebenso wie diese ließe sich die Vergütung des § 575 dahin konstruiren, daß auch bei dem Werkvertrag, der eine Mitwirkung des Bestellers fordert, z. B. die Räumung des Bauplatzes, der Uebernehmer auf eine gewisse Zeit zur Ausführung rechnen dürfe und daher der Mehraufwand an Zeit ihm gleich dem Schiffer zu vergüten ist. Ob die Bestimmung sich in der Praxis bewähren wird, bleibt abzuwarten; schädlich wird sie wohl kaum wirken. Nur wäre, um Chikanen vorzubeugen, zu wünschen, daß der Schlußsatz „erworben hat" dahin ergänzt würde „oder zu machen böswillig unterlassen hat" (arg. §§ 368 Abs. 2, 561). Die zu § 368 Abs. 2 angegebenen Gründe gelten auch hier, und es verweisen sogar die Motive (II S. 209) für den Satz, daß es Treue und Glauben entspreche, den böswillig nicht gemachten Erwerb als wirklichen zu behandeln, auf § 575 Satz 2, obwohl dieser nicht entsprechend lautet. Das Faullenzen auf Anderer Kosten ist auch hier zu verhindern.

---

[38]) S. Lewis in Endemann's Handbuch des Handelsrechtes Bd. IV S. 136.

3. Mäklervertrag (§ 580).

Das Maßgebende für den Mäkler ist, daß er weder Stellvertreter noch Bote ist; er giebt keine Erklärung für eine der Parteien ab, sondern führt nur die Abgabe einer Erklärung auf der einen oder anderen Seite herbei. Er veranlaßt das Entstehen des Willens und die Willenserklärung und hierfür erhält er seine Belohnung. Die wenigen Bestimmungen des § 580 prägen dieses Prinzip aus. Es sind zwei Gruppen: die Nachweisung des Vertragssubjektes und -Objektes und die Vermittlung des Vertrages genannt; sie decken sich beide mit dem obigen Begriffe der Herbeiführung der Abgabe einer Erklärung. Die Voraussetzung für die Mäklergebühr ist der Abschluß des Vertrages; wie viel der Mäkler gethan haben muß, ob es genügt, die Vertragsgegner zu bezeichnen, oder aber bei dem Abschlusse selbst wieder thätig gewesen sein muß, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Im Zweifel wird ein Zusammenbringen der Kontrahenten zu fordern sein.

Daß, wenn das Geschäft nicht zu Stande kommt, der Mäkler keine Vergütung erhält, ist zweifellos, streitig, ob er nicht wenigstens Ersatz seiner Auslagen für Reisen, Inseriren u. s. w. erhalten soll. Der Entwurf vermeidet es, hierzu Stellung zu nehmen. Indeß liegt hier ein brennendes praktisches Interesse vor und, wie es an anderen Stellen geschah, wäre eine Regelung, und zwar zu Gunsten des Mäklers, geboten; es ist durchaus unbillig, daß die Auslagen des Mäklers von ihm auf Risiko gemacht werden; verlangt man dies — und die Auffassung ist in der Praxis nicht selten — so hat dies eine doppelte Möglichkeit zur Folge: entweder der Mäkler scheut sich vor Ausgaben, wenn er das Risiko nicht übernehmen will, und seine Thätigkeit und ihr wirthschaftlicher Werth leidet darunter, oder er macht sie, dann müssen alle seine Auftraggeber die Risikoprämie in der Gebühr bezahlen; sie wird einfach höher werden. Der Mäklervertrag ist ein Theil des Auftrags; er ist jederzeit frei widerruflich, und gerade dies bildet, wie gezeigt, den Maßstab für das Vorhandensein des Mandats im Gegensatze zum Werkvertrage. Aber auch bei Auftragskündigung sind die bereits erwachsenen Auslagen jedenfalls zu ersetzen (arg. § 596 Abs. 2).

4. Bürgschaft (§ 668 bis § 680).

Die Bürgschaft als accessorischer Vertrag dient der Sicherung des Gläubigers; von diesem Gesichtspunkte aus betrachtete der Ent-

wurf gleich den übrigen Gesetzen diese Materie. Sie muß in der Weise geregelt sein, daß, ohne den Bürgen zu sehr zu belasten, sie den Interessen des Verkehrs dient. Je straffer die Haftung des Bürgen angezogen, desto sicherer wird die Stellung des Gläubigers. Mit Recht beseitigt daher der Entwurf die Einrede der Theilung. Ob nicht auch die Vorausklage zu beseitigen wäre, ist sehr diskutabel. Indeß kennt der § 675 eine solch' bedeutsame Zahl von Ausschließungsgründen, daß sie der Einrede die Gefährlichkeit nehmen; namentlich die Ziffer 4 „wenn anzunehmen, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht führt," beschränkt die Vorausklage auf den Fall, in dem sie auch sonst ohne Einrede statt hat, die Solvenz des Schuldners.

Daß der Bürge seine Haftung beschränken kann, ist selbstverständlich. Häufig ist sie zeitlich begrenzt, und zwar namentlich bei der Kreditbürgschaft. Der Entwurf lehnt die Regelung dieser Frage ab (Motive II S. 681), da es äußerst schwer sei, die angemessene Rechtsnorm zu finden. Das Bedürfniß, die Frage zu regeln, wird anerkannt. Es sind zwei Möglichkeiten gegeben. Entweder es soll der Bürgschaft selbst ein dies ad quem beigesetzt werden, so daß sie kraft Gesetzes im Momente des Zeitablaufs erlischt, oder die Zeitbestimmung bezieht sich nicht auf die Bürgschaft, sondern auf die Hauptschuld. Es wird eine Frist gesetzt, innerhalb der die Hauptschuld zur Entstehung gelangt sein muß, um die Bürgschaft wirksam zu machen. Dies ist der juristische Sinn der beiden, in den Motiven (S. 681) erwähnten Fälle. Trifft man nun eine gesetzliche Bestimmung dafür, daß „die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeitfrist eingegangen" (Schweizer Bundesgesetz über das Obligationenrecht Art. 502), so kann sich dies demnach nur auf den ersten Fall beziehen, denn nur hier ist die Bürgschaft befristet. Es kann also eine Verwirrung dieses Falles mit dem zweiten nicht möglich sein. Hier aber wirft sich eine praktische Frage auf: erlischt die Bürgschaft mit dem Tage, an dem die Frist umlaufen ist, gilt der Satz „wie viel Frist, so viel Recht" streng und ganz? Es müßte also der Gläubiger innerhalb der Frist den Bürgen belangen, ein Fall, der für beide Theile gleich hart wäre. Es findet sich nun in den modernen Gesetzen das Bestreben, diese strikte Durchführung zu mildern; eine Ausübung innerhalb der Frist selbst ist nicht nöthig, er erhält noch eine weitere Frist (Schweizer B. G. Art. 502: 4 Wochen) zur Einklagung. Aber diese Frist hat etwas absolut Willkürliches.

Sie giebt dem Gläubiger mehr Recht, als der Bürge ihm zuwenden wollte; er wollte nur 3 Monate und nicht 3 Monate und 4 Wochen Bürge sein. Eine andere Möglichkeit der Lösung wäre in der dispositiven Bestimmung, daß durch den Zeitablauf nicht der Bürge frei werde, sondern nur für die nachher eintretende Insolvenz nicht mehr hafte. Die Frist sei nicht für das Recht des Gläubigers gegen den Bürgen, sondern als Zeitraum für die Haftung für Solvenz gemeint (O. L. G. Karlsruhe in Puchelt's Zeitschrift für franz. C. R. 16 S. 206). Dies kann ja unter Umständen der Wille der Parteien sein, allein er wird es in ebensoviel Fällen nicht sein. Dazu kommt die praktische Schwierigkeit der Feststellung über Solvenz und Insolvenz. Rathsam wäre eine Norm für den Fall der befristeten Bürgschaft, daß Ausklagung des Hauptschuldners unter Streitverkündung an den Bürgen genüge. Dies entspräche dem Bedürfnisse auf beiden Seiten. Die Streitverkündung genügt ja auch, um die Verjährung zu unterbrechen, man wird sie daher auch als geeignet zur Ausübung der Rechte innerhalb der Frist betrachten müssen. Die Geltendmachung der Rechte aus der Bürgschaft, die auf diese Weise gewahrt sind, nochmals von der Erhebung der Klage gegen den Bürgen selbst, die von der Rechtskraft des Urtheils gegen den Hauptschuldner liefe, abhängig zu machen, wäre unnöthig und verwirrend.

Anders steht es mit dem hierunter nicht begriffenen Fall der zeitlich nicht begrenzten Verbürgung für eine künftige Schuld, unter der Bedingung, daß sie innerhalb einer bestimmten Frist entstehe. Wann dieser Fall, wann der erstbesprochene, vorliegt, das kann nur im einzelnen Falle durch das Gericht, nicht durch das Gesetz, festgestellt werden. Allein, wie die beiden Fälle praktisch zu behandeln, dies zu sagen ist Sache der Gesetze.

Im zweiten Falle nun hat der Gläubiger zu beweisen, daß er seine Rechte innerhalb der Frist erworben hat, denn vom Eintritt dieser Bedingung hängt die Haftung des Bürgen ab, also bei der Kreditbürgschaft, daß er den Kredit innerhalb der Zeit gewährt hat. Dies folgt aus den allgemeinen gesetzlichen Regeln und es bedarf daher keiner besonderen Normirung. Der Regelung des ersten Falles steht das nicht im Wege, da er weder unter den Wortlaut noch den Sinn einer Bestimmung darüber: „wenn die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeit gegeben ist," fällt, denn zweifellos ist dies da nicht gegeben, wo für die innerhalb einer bestimmten Zeit entstehende Forderung gebürgt werden soll.

Die Vorschriften über die Diligenzpflicht des Gläubigers treffen das richtige Prinzip. Es giebt keine culpa in exigendo (Motive II S. 678). Und auch das Aufgeben einer Sicherheit befreit den Bürgen nur insoweit, als er aus dem Nebenrechte Ersatz hätte erlangen können, also keine völlige Befreiung von der Bürgschaft (wie z. B. a. 2037 Code civil), denn es handelt sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag, sondern Ersatz für den vereitelten Ersatz. Es ist zweifellos möglich, daß der Gläubiger vertragsmäßige Pflichten übernahm. Sie können im Versprechen der Benachrichtigung des Bürgen, in der Zusage den Kredit nur gegen sichere Deckung (auf Kundenwechsel)[39]) u. s. w. zu geben, liegen. Welches sind die Folgen der Nichteinhaltung dieser Zusagen? Die reine Schadensersatzpflicht des Gläubigers wäre das juristisch konsequenteste, denn es wird trotz dieser Zusage des Gläubigers doch aus der Bürgschaft kein gegenseitiger Vertrag. Es empfiehlt sich, hieran auch für solche Fälle festzuhalten und nicht an die Verletzung dieser Zusage Verlust des Bürgschaftsrechts zu knüpfen. Wenn nicht der Bürge die Einhaltung jener Zusage zur Bedingung machte, führte auch der in § 678 betretene Weg nur zur Schadensersatzpflicht. Der Gläubiger ist kraft Gesetzes verpflichtet, dem Bürgen die sichernden Nebenrechte zu wahren; verstößt er hiergegen, so ersetzt er dem Bürgen den hieraus entstehenden Verlust. Uebernimmt er weitergehende Pflichten als diese, so hat er auch für die Verletzung derselben in der nämlichen Weise aufzukommen.

[39]) Urtheil des Reichsgerichts vom 20. März 1885 in Puchelt's Zeitschrift f. frz. R. 16 S. 207.

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers.

Von Rechtsanwalt Cohn zu Görlitz.

Der § 521 des Entwurfs begründet das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers eines Grundstücks wegen seiner Forderungen aus dem Miethsvertrage an den eingebrachten Sachen des Miethers, also an den Sachen, welche diesem eigenthümlich gehören. Dies entspricht im Wesentlichen dem — mehr oder weniger klaren — Standpunkte der meisten neuern Gesetzgebungen, welche sich im Anschluß an das Römische Recht gebildet haben.

Es fragt sich, ob dieses Pfandrecht auch für die Zukunft noch ausreichend sein wird, und ob nicht die Bedürfnisse des Verkehrs bereits jetzt dahin geführt haben, dieses Pfandrecht als unzureichend erscheinen zu lassen.

Das Pfandrecht des Vermiethers ist nichts künstlich Erfundenes, es ist aus der rechtspolitischen Erwägung hervorgegangen, daß derjenige Vertragschließende, der fortlaufend eine Leistung gewährt, die eines der dringendsten Bedürfnisse des Menschen befriedigt, wegen der ihm versprochenen Gegenleistung eines erhöhten Schutzes, einer besonderen Sicherung bedarf.

Dieser Grund gilt auch jetzt noch. Wenn der gewährte Schutz in den bisherigen Grenzen nicht genügt, so ist es Sache der Gesetzgebung, einen Schritt vorwärts zu thun, — nach welcher Richtung ist durch dieses Bedürfniß vorgezeichnet:

> Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers muß auch dann bestehen, wenn die eingebrachten Sachen dem Miether nicht eigenthümlich gehören.

Das Neue dieses Vorschlags tritt nicht unvermittelt in die Erscheinung. Der § 80 Th. I Tit. 20 Allg. Landrechts, der Art. 306

des Deutsch. H. G. B. sind bedeutsame Vorläufer der hier ausgesprochenen Forderung. Beide beruhen auf dem Gedanken, daß der Verpfänder präsumtiv das Verfügungsrecht über den Gegenstand des Pfandes besitzt. Der gute Glaube des Pfandnehmers bedarf des Schutzes.

Unter einfachen Verkehrsverhältnissen ist der Miether regelmäßig Eigenthümer der eingebrachten Sachen. Hier genügt das bisher gewährte Pfandrecht. Wo einzelne Rechtsinstitute Abweichungen zeigen, da hilft die Gesetzgebung nach, und so entsteht im Gebiete des Allg. Landrechts das Pfandrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen der Ehefrau des Miethers. (Vergl. Dekl. zu § 395 Th. I Tit. 21 Allg. Landrechts vom 21. Juli 1846.)

Inzwischen ist Manches anders geworden.

Der Miether bringt ein stattliches Mobiliar in die gemiethete Wohnung, von dem ihm auch nicht ein Stück gehört. Das Mobiliar ist auf Grund eines Kaufvertrages mit constitutum possessorium längst Eigenthum eines Anderen geworden. Die Zahlung eines geringen Miethszinses ermöglicht dem Miether den Besitz einer Zimmer-Ausstattung, die gegen die Angriffe aller Gläubiger einschließlich des Vermiethers gefeit ist. Ein anderer Fall: Die eingebrachten Sachen sind aus einem Möbelvermiethungsgeschäfte gemiethet und niemals Eigenthum des Miethers gewesen. Der Vermiether hat auch hier dem zahlungsunfähigen Miether gegenüber das Nachsehen. Dritter Fall: In einem großen Theile Deutschlands sind die Mobilien Eigenthum der Ehefrau, sie bilden einen Theil ihrer Ausstattung. Das Pfandrecht des Vermiethers an diesen Gegenständen, d. h. wohl in den weitaus meisten Fällen die wichtigste Anwendung desselben, muß aufhören, denn, daß der § 521 in Verbindung mit den §§ 12 13 folg. des Entwurfs die Auslegung vertragen, daß dieses Pfandrecht auch an den Mobilien der Ehefrau des Miethers fortbestehe, ist wohl zweifellos zu verneinen. Dann aber ist der zu schaffende Rechtszustand ein ungenügender.

Beruht der Art. 306 des Deutsch. H. G. B. als Ausnahme von der Regel auf der Präsumtion der als vorhanden gedachten Verfügungsbefugniß des Verpfänders, so ist hier, wie aus dem Gesagten mit Nothwendigkeit folgt, dieser Standpunkt zu verlassen. Grade, weil keine Vermuthung mehr dafür spricht, daß der Miether Eigenthümer der eingebrachten Sachen ist, und die Existenz des Pfandrechts dem Zufall anheim gegeben wird und vielleicht, — trotz aller gegentheiligen Versicherungen des Miethers — zu einem Nichts zusammen-

schrumpft, ist es Pflicht der Gesetzgebung, den normalen Standpunkt wiederherzustellen und durch Ausdehnung des Pfandrechts auf alle eingebrachten Sachen des Miethers zwar rechtlich nicht aber thatsächlich die Machtbefugnisse des Vermiethers zu erweitern.

Der Zweck der vorgeschlagenen Bestimmung enthält ihre Begrenzung: Wer es weiß, daß die eingebrachten Gegenstände dem Miether nicht gehören, ist in der Lage vor Aufnahme desselben sich zu schützen. Hier zu helfen und in das Gebiet der Privatwillkür hinüber zu greifen, liegt kein Bedürfniß vor. Es ist ferner anerkannt Rechtens, daß Sachen, welche rücksichtlich ihres Rechtserwerbes mit einem Fehler behaftet sind, aus der Hand des fehlerhaft Besitzenden fehlerfrei nicht heraustreten: Gegenstände, welche ohne oder wider Willen ihres rechtmäßigen Inhabers aus seinem Gewahrsam gekommen, sind von dem Pfandrecht des Vermiethers auszunehmen.

Gegen den hier gemachten Vorschlag ließe sich zweierlei einwenden: einmal, er schieße über das Ziel hinaus, und dann, es wäre vielleicht das gleiche Ergebniß mit einem persönlichen Zurückbehaltungsrecht zu erreichen. Beides erscheint mir unzutreffend:

Es ist richtig, daß künftighin jedes Buch, das der Miether aus der Bibliothek entleiht, so lange es in der gemietheten Wohnung liegt, daß das Mobiliar, das Letzterer von dem Möbelhändler gemiethet, so lange es in der Wohnung verbleibt, dem Pfandrecht verfallen ist. Daß dies praktisch zu erheblichen Unzuträglichkeiten führen wird, bestreite ich. Grade in dem wichtigeren Anwendungsfalle, dem zuletzt gedachten Beispiele, lassen sich zum Schutze des Eigenthümers der Sachen leicht vertragsmäßige Vorkehrungen treffen. In anderen Fällen wird der Absatz 2 des § 521 die Handhabe bieten, Chikanen zu begegnen. Vor Allem aber muß darauf hingewiesen werden, daß, wenn Art. 306 des Deutsch. H. G. B. zu erheblichen Beschwerden nicht geführt hat, dies viel weniger von der hier vorgeschlagenen Neuerung zu befürchten steht.

Ein erweitertes Zurückbehaltungsrecht wäre nicht am Platze. Ließe man es selbst im Konkurse des Miethers fortbestehen, so wäre doch mit demselben wenig anzufangen. Räumt man dem Vermiether ein Veräußerungsrecht der zurückbehaltenen Sachen nicht ein, so ist das Zurückbehaltungsrecht für ihn nicht ein Recht, sondern eine Last. Wird Letzteres aber mit der gedachten Befugniß ausgestattet und sein Fortbestand im Konkurse gegeben, so ist es von dem eigentlichen Pfandrecht kaum zu unterscheiden und ein unklares Gebilde geschaffen.

Daß für die Erweiterung des Pfandrechts rücksichtlich des Eingebrachten des Pächters, insbesondere des Pächters eines landwirthschaftlichen Grundstücks nicht das gleiche Bedürfniß vorhanden, wird keiner besonderen Ausführung bedürfen. Das Pfandrecht an den Früchten, die Kaution, die Gepflogenheit das Pfandrecht vertragsmäßig zu regeln und den Verpächter sicher zu stellen, bieten ausreichenden Schutz für diesen.

Die beiden ersten Sätze des § 521 des Entwurfs würden nunmehr folgende Fassung erhalten müssen:

> Der Vermiether eines Grundstücks hat — — ein gesetzliches Pfandrecht an den von dem Miether eingebrachten Sachen. Das Pfandrecht besteht nicht in Ansehung derjenigen Sachen — — welche aus dem Gewahrsam des rechtmäßigen Inhabers derselben ohne oder ohne wider dessen Willen ausgeschieden, oder von denen der Vermiether bei Eingehung des Miethsvertrages weiß, daß sie nicht Eigenthum des Miethers sind.

Die Schenkung.

Von Rechtsanwalt Dr. C. F. Reatz in Gießen.

I. Einleitung.

§ 1.

Im 2. Titel des 2. Abschnitts des Rechts der Schuldverhältnisse (Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden) versucht der Entwurf, die Lehre von der Schenkung prinzipiell zu regeln, und befaßt sich hierbei mit der Feststellung des Begriffs der Schenkung (§§ 437—439), ihrer Form (§§ 440, 441), mit den Verbindlichkeiten des Schenkers (§§ 442—447), mit der Schenkung unter einer Auflage (§ 448) und mit dem Widerruf der Schenkung (§§ 449—452). An zahlreichen anderen Stellen aber finden sich Einzelbestimmungen, so über die schenkweise Veräußerung einer Erbschaft (§§ 500, 501), über das selbstständige Recht der Ehefrau zur Ablehnung einer Schenkung (§§ 1308, 1355), über das Erforderniß der Einwilligung der Ehefrau zur Vornahme einer Schenkung des Ehemannes bei allgemeiner Gütergemeinschaft (§ 1353), über den Widerruf der während des Braut- oder Ehestandes gemachten Schenkungen nach Scheidung der Ehe (§ 1453), über die Schenkung zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und dem Kinde (§ 1503), zwischen Vormund und Mündel (§ 1661), über die Schenkungen des Vorerben bei Nacherbeinsetzung auf den Erbschaftsrest (§ 1839), des Erblassers nach Schließung eines Erbeinsetzungsvertrags (§ 1952), über die durch Veräußerung vollzogene Schenkung auf den Todesfall (§§ 1963, 1989), über die Verletzung des Pflichttheils durch Schenkung (§§ 2009, 2014—2018), über die Rangordnung einer Forderung aus Schenkung des Erblassers im Konkurse über den Nachlaß (§ 2117) und über den den Schenkungscharakter verneinenden Ausstattungsvertrag (§ 1500).

Das System dieser Stoffvertheilung ist vom praktischen Standpunkte aus nicht zu beanstanden.

In sachlicher Hinsicht schließt sich der Entwurf im großen Ganzen und von der Einwirkung anderer Rechte in minder wichtigen Punkten abgesehen, dem römischen Rechte bezw. der heute zum Theil herrschenden, durch Meyerfeld, Savigny, Schilling, Windscheid, Dernburg u. A. vorbereiteten und festgestellten Doktrin an, und weist, wie sich aus den Motiven ergiebt, abändernde und ergänzende Bestimmungen anderer Rechte und Gesetzesentwürfe, erstere als unbegründet, letztere als überflüssig oder gar gefährlich zurück. Doch hat er auch wesentliche, in unser Rechtsleben tief eingreifende Aenderungen mit dem bisherigen Rechte vorgenommen, wie namentlich das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten aufgehoben, das Erforderniß der gerichtlichen Insinuation sogenannter großer Schenkungen beseitigt, gerichtliche oder notarielle Form für Schenkungsversprechen (im Gegensatz zu der durch Veräußerung vollzogenen Schenkung) eingeführt, und die Rechtswohlthat des Nothbedarfs dem Schenker versagt.

Die nachfolgende Beurtheilung des Entwurfs bezieht sich planmäßig nur auf den Inhalt des zweiten Titels, der die Lehre von der Schenkung prinzipiell regeln soll, und unterzieht die in andern Titeln enthaltenen, nur aus dort erörterten Rechtsinstituten zu erklärenden Einzelbestimmungen keiner Kritik.

Bei der Prüfung der wesentlichsten Frage, ob die Bestimmungen des Entwurfs oder welche andere dem geläuterten Rechtsbewußtsein des Deutschen Volks der Gegenwart in seinen maßgebenden Kreisen entsprechen, müssen wir Anwälte unsre allgemeinen, und die in unserem Berufe gemachten besonderen Lebenserfahrungen zu Rathe ziehen. Die Gelegenheit zu ersteren ist außerordentlich mannigfach. Wie jeder andere im Verkehr sich bewegende Bürger erblicken wir fortgesetzt Geschenke an Arme und sonstige Hülfsbedürftige, Weihnachts- und Geburtstagsgeschenke der Ehegatten, Eltern und Kinder, Geschwister, Brautleute, Verwandten, Freunde unter sich, Weihnachts- oder Neujahrsgeschenke an Dienstboten, Hochzeitsgeschenke, Geschenke an Kirchen, Wohlthätigkeitsanstalten, Schulen, Museen, Bibliotheken, Bildergalerieen und sonstige öffentliche wissenschaftliche oder Kunstinstitute. Unsre besonderen Lebenserfahrungen aber machen wir gelegentlich der Anfertigung von Schenkungsverträgen und der Behandlung streitiger Schenkungssachen vor den Gerichten, indem wir hier bei einer eingehenden Besprechung der einzelnen Schenkungsfälle die Bedürfnisse des Schenkungsverkehrs,

die Rechtsanschauungen der Schenker und Beschenkten, der Richter, Gegenanwälte, Zeugen und gewisser mit den Sitten und Gebräuchen engerer Volkskreise bekannten Persönlichkeiten, kurz, die Rechtsanschauungen maßgebender Theile unsres Volkes kennen zu lernen hinlänglich Gelegenheit haben. Solche Fälle haben meistens Schenkungsverträge über Immobilien ohne oder mit einer Auflage (namentlich der lebenslänglichen Verpflegung) zum Gegenstande, dann aber auch Schenkungen des gesammten Vermögens, schenkweise Ausschlagung einer angebotenen Erbschaft zu Gunsten eines andern Erben, schenkweisen Erlaß einer Schuld, Simulation eines Kaufvertrags zur Verdeckung einer Schenkung, Verträge über nachträgliche Zuwendungen von Geldsummen wegen Verkürzung des Empfängers bei früheren Uebergabsverträgen, wobei es zweifelhaft ist, ob jene neuen Verträge die rechtliche Natur dieser theilen oder wahre Schenkungsverträge sind, und schließlich Verträge, bei welchen es zweifelhaft ist, ob sie oneroser Natur oder Schenkungen unter Lebenden oder von Todeswegen sind, ob die gemeinrechtliche oder partikularrechtliche Form der Insinuation beobachtet wurde oder nicht und dergleichen mehr.

Indem ich nun die Bestimmungen des Entwurfs mit dem geläuterten Rechtsbewußtsein der heutigen Zeit in Vergleich bringe, sehe ich von einer wissenschaftlichen Darstellung des geltenden Rechts und vom Verhältniß der herrschenden Lehre zum wirklichen römischen Rechte ganz und gar ab. Ich will nur Zeugniß ablegen von den Rechtsanschauungen, welche in maßgebenden Kreisen unsres Volks über das Institut der Schenkung bestehen, und als langjähriger Beobachter des wirklichen Rechtslebens mein Urtheil darüber abgeben, in welcher Weise den materiellen und idealen Bedürfnissen des Lebens am Besten, Sichersten und Einfachsten entsprochen werden kann.

1. Wesen der Schenkung.

§ 2.

Es ist allgemein anerkannt, daß die Schenkung neben einer Reihe anderer Eigenschaften auch die der Liberalität hat, und insofern eine besondere Art der Gattung der Liberalitäten bildet. Liberalitäten sind Gefälligkeiten, die einer dem andern erweist; freiwillige und uneigennützige Leistungen, die für den Leistenden mit irgend einem Opfer verbunden sind und irgend ein Interesse des Empfängers fördern sollen und fördern. Beide, Opfer und Interesse, können in verschiedenen Gebieten des menschlichen Lebens liegen,

und hinsichtlich ihres Gewichts und Werths verschiedengradig sein, vom Minimalen aufwärts bis zum unvernünftig Hohen. Eine Kategorie dieser Gefälligkeiten, von welchen das tägliche Leben überfließt, steht außerhalb jeder Verbindung mit privatrechtlichen Beziehungen; derartige Gefälligkeiten, Artigkeiten und Anständigkeiten tragen einen freundlichen Dank ein, weiter nichts, und haben, wenn sie nicht blos der Deckmantel einer schadenverursachenden Bosheit sind, keinerlei Rechtswirkungen. Eine andere Kategorie bewegt sich von vornherein auf privatrechtlichem Gebiete; dies sind die Gefälligkeitsgeschäfte. Das Opfer auf der einen, und das Interesse auf der andern Seite sind an sich Gegenstände des Privatrechts, wie sich dies bei der reinen Gebrauchsleihe und dem reinen Hinterlegungsvertrag erweist; der Eine opfert in der Absicht, dem Andern eine Gefälligkeit oder einen Gefallen zu erweisen, seine Zeit, Aufmerksamkeit, körperliche Thätigkeit, die zeitweilige eigene Benutzung seiner Sache dem Interesse des Andern, und das Interesse dieses wird durch den zeitweiligen Gebrauch der Sache oder dadurch gefördert, daß er seine zur eigenen Bewahrung seiner Sache erforderliche Zeit, Mühe und Arbeit erspart und zur Förderung seiner anderen Interessen verwenden kann. In den bei Weitem meisten Fällen des Lebens sind jene Opfer geringfügiger Natur, sie benachtheiligen das Vermögen des Gefälligen nicht, es sind keine Vermögensopfer, die derselbe bringt. Der Verleiher eines Buchs liest ja nicht täglich und stündlich in demselben, er läßt es längere Zeit ungelesen in seiner Bibliothek stehen und wenn dies der Fall, so ist es für ihn gleichgültig, ob dasselbe in der Zwischenzeit von einem Andern gelesen wird. Auch minimale Abnutzungen des verliehenen Gegenstandes kommen nicht in Betracht. Ebenso bringt der Aufbewahrer eines hinterlegten Gegenstandes kein nennenswerthes Opfer, denn er bewahrt denselben in der Regel gleichzeitig mit seinen eigenen Sachen an demselben Orte, und wenn er etwa besondere Anstalten für die Aufbewahrung zu treffen genöthigt werden sollte, so besorgt er dies Alles zwischen seinen eigenen Geschäften ohne nennenswerthen Zeitverlust. In allerdings selteneren Fällen des Lebens sind aber die vom Verleiher oder Verwahrer einer Sache gebrachten Opfer nicht geringfügiger Natur, beide bringen mitunter „große Opfer", Opfer, die geradezu in mehr oder weniger starken Vermögenseinbußen bestehen, und zwar theils in positiven Vermögensverminderungen (Auslagen), theils im Entgang eines sonst unzweifelhaft bevorstehenden

Gewinns. Wenn beim Abschluß eines Hinterlegungsvertrags der Verwahrer wußte, daß er behufs ordnungsmäßiger Verwahrung der bei ihm zu hinterlegenden Sache besondere bauliche Anstalten treffen, oder im Falle seiner zeitweiligen Abwesenheit einen besonderen Wärter bestellen, und hierfür gewisse Summen Geldes aufwenden müsse, so bringt er eintretenden Falls mehr oder weniger „große Opfer!" — Und wenn der Lohnkutscher sein Fuhrwerk Verwandten oder Freunden zu einer Tageslustfahrt unentgeltlich und in freigebiger Absicht hingiebt, so bringt er jenen den Geldverdienst zum Opfer, den er während derselben Zeit durch Vermiethung seines Fuhrwerks an Dritte hätte machen können. In diesen, wie vielen ähnlichen Fällen tritt aber nach der Auffassung des Lebens das Geschäft aus dem Kreise der bloßen Gefälligkeitsgeschäfte nicht heraus, es wird namentlich nicht Schenkungsgeschäft; man sagt von den betreffenden Spendern: sie lassen sich ihre Gefälligkeit etwas kosten, ihre Freundschaft (Liebenswürdigkeit, edle Gesinnung, Barmherzigkeit) kommt ihnen theuer zu stehen, oder: sie haben sich zu viel, sie haben sich wehe gethan. Auch wer seine Freunde zu einem kostbaren Abendessen geladen hat und große Summen für ihre Bewirthung aufwendet, ist nicht Schenker, obwohl er seinen Gästen das häusliche Abendessen erspart; er erfüllt eine gesellschaftliche Pflicht, er giebt das Fest nur als eine ihm willkommene Gelegenheit zu einem vergnügten Abende aus, lehnt jeden Dank seiner Gäste ab und dankt im Gegentheil diesen für die ihm und seinem Hause bewiesene Ehre und Freundlichkeit.

Eine andere Kategorie der Gefälligkeiten bezw. der Gefälligkeitsgeschäfte ist die Schenkung. Derjenige, der diese Gefälligkeit erweist, ist der Schenker; derjenige, dem sie erwiesen wird, der Beschenkte; die Absicht, diese Gefälligkeit zu erweisen, ist die Schenkungsabsicht; der Gegenstand, womit diese Gefälligkeit erwiesen wird, ist das Geschenk; die Absicht, diese Gefälligkeit als solche anzunehmen, ist die Absicht zur Schenkungsannahme, und der rechtliche Vorgang, durch welchen die Schenkung beiderseits vollzogen wird, das Schenkungsgeschäft (Schenkungsakt, Schenkung).

Die Schenkung ist ein Rechtsinstitut mit gleichsam zwei Seelen. Auf der einen Seite ist sie ein juristisches Geschöpf, wie jedes andere Rechtsgeschäft, welches den Güterverkehr unter den Menschen zu regeln bestimmt ist; durch sie werden Werthgegenstände aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Anderen gebracht, wie durch die verschiedensten Austauschverträge; durch sie werden Eigen-

thum und dingliche Rechte erworben und verloren, Forderungen erzeugt und Schulden getilgt, und dergleichen mehr, und es ist ein naturgemäßes Streben der juristischen Kraft, die der Schenkung innewohnt, sich, unbeengt durch Fesseln der Rücksichtsnahme auf außerhalb des Rechtsverkehrs liegende Interessen, als gewöhnliches Verkehrsmittel Anerkennung und Wirksamkeit zu verschaffen. Andrerseits hat aber die thatsächliche Schenkung einen eminent moralischen Charakter, der seine Anerkennung im Rechte fordert und in diesem Bestreben durch das Rechtsbewußtsein der gebildeten Völker kräftig unterstützt wird. Wer einem Andern eine Wohlthat erweist, wer dabei seinen eigenen Vortheil hintansetzt, von seinem eigenen Vermögen opfert, dieses irgendwie beeinträchtigt, benachtheiligt oder beschränkt, Alles in uneigennütziger Weise und in der moralisch anerkennenswerthen Absicht, dem Andern etwas Gutes zu thun, der hat gegen den Empfänger einen moralischen Anspruch auf Dank oder doch zum Mindesten einen Anspruch darauf, daß ihm sein Gutes nicht mit Bösem vergolten, daß ihm nicht mit Undank gelohnt werde. Auch diese in der Schenkung liegende moralische Kraft hat ein Bedürfniß nach Ausdehnung ihrer Herrschaft. Beide Kräfte gerathen in ihren legitimen Bestrebungen mit einander in einen Konflikt, der nur auf dem Wege der Gesetzgebung durch möglichst scharfe Abgrenzung des jeder einzelnen zukommenden Gebietes in befriedigender Weise gelöst werden kann. Allerdings sind hierüber sehr verschiedene Ansichten möglich. Es wird Juristen geben, die im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs dem moralischen Element der Schenkung gar keine besondere Rechtswirkung beilegen möchten, und wieder andere, welche dem Gesetze der Moral einen höheren Werth zusprechen, als dem Gesetze des Rechts, welches die Anfechtbarkeit eines rechtmäßig entstandenen Zustandes so viel als möglich ausschließen möchte. Die richtige Mitte zu finden, wird schwierig sein, unmöglich ist es nicht. Auch berechtigt uns weder diese legislative, noch die etwaige Schwierigkeit in der praktischen Handhabung der festzustellenden Grundsätze und die Sucht nach Vereinfachung des Rechts, die dem Rechtsbewußtsein unsres Volks entsprechenden Grundsätze ohne Weiteres aufzuopfern.

Eine weitere, sehr beachtenswerthe Seite der Schenkung ist die volkswirthschaftliche, und zwar nach doppelter Richtung. Zunächst zeigt uns das Leben eine große Zahl von Schenkungsfällen, in welchen eine höchst nachtheilige und zuweilen schamlose Ausbeutung

des geschäftlich Schwachen durch den geschäftlich Stärkeren stattfindet, ohne daß eigentlicher Zwang oder Betrug, bei deren Vorhandensein die Schenkung angefochten werden könnte, konkurrirt. Dies findet sich namentlich bei Schenkungen unter Ehegatten, wenn der Mann in seiner Superiorität die blindmachende Liebe seiner vertrauensvollen oder furchtsamen Frau mißbraucht, um ihr einen Theil ihres Vermögens abzuschwindeln. Es findet sich aber auch bei Schenkungen großjähriger lediger Töchter an ihre Väter, wobei die Pietät und das unbegrenzte Vertrauen der Tochter in die Rechtschaffenheit des Vaters den Verdacht einer Schlechtigkeit desselben nicht aufkommen läßt. Und schließlich findet es sich, wie die Erfahrung in Hülle und Fülle lehrt, namentlich bei schenkungsweisen Gutsübergaben kinderloser älterer Leute an Pflegekinder, Verwandte oder Freunde insofern, als die Uebergeber bei schriftlicher Errichtung der Verträge aus Unerfahrenheit und in blindem Vertrauen auf die Redlichkeit der Uebernehmer die Wahrung ihrer Interessen versäumen[1]). Daß in solchen Fällen das Recht dem geschäftlich Schwächeren überhaupt helfen muß, ist leicht einzusehen, schwieriger ist, die Mittel der Abhülfe zu bestimmen. Doch wird sich auch hier das Richtige finden lassen.

---

[1]) Die Praxis liefert hierfür schlimme Beispiele. In den Provinzen Starkenburg und Oberhessen des Großherzogthums Hessen besteht ein Gesetz, welches zur Gültigkeit der Immobiliarveräußerungsverträge deren Protokollirung durch das zuständige Ortsgericht (einer als Hülfsbehörde der Amtsgerichte fungirenden, aus Ortsbürgern, die von der Justizverwaltung ernannt werden, bestehenden Gemeindebehörde) fordert. Haupt- und Nebenverabredungen, die nicht ortsgerichtlich protokollirt sind, haben keine Gültigkeit. Wenn daher beim Abschluß von schenkungsweisen Gutsübergaben, was leider häufig vorkommt, aus Versehen oder Geschäftsunkenntniß die Protokollirung der Vereinbarung lebenslänglicher Wohnung, Verpflegung und Verköstigung der Uebergeber unterlassen wird, so gilt ein reiner Schenkungsvertrag als geschlossen. Kommt dann im Laufe der Zeit bei den Uebernehmern die Noth in das Haus, und mehren sich die Schulden und Zwangshypotheken, so werden die alten Leute schließlich von Haus und Hof verjagt und stehen bettelarm in der Welt. Oder, ist der Uebernehmer ein gefühlloser Mensch, dem die Last der Verpflegung der alten Leute zu groß wird, so jagt er sie eines Tages fort. Den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist keine Macht gegeben, dies zu verhüten. Kommt es zum Prozesse, so kann den durch die Verhältnisse so schwer geschädigten Uebergebern in der Regel gar nicht geholfen werden. Das Gerechtigkeitsgefühl hat freilich in vielen Fällen die Prozeßgerichte äußerst findig gemacht, indem sie für die Form der Protokollirung jener Verträge Anforderungen stellten, die rechtlich nicht gebilligt werden konnten. Daher ein fortwährendes Schwanken der Praxis in Bezug auf die Erfordernisse der ortsgerichtlichen Protokollirung.

Einen anderen volkswirthschaftlichen Nachtheil hat die unbegrenzte Schenkfreiheit im Gefolge. Wer, ohne Vorsorge für seine künftige Existenz getroffen zu haben, sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verschenkt, sinkt tiefer wie der Sklave. Und wer sein ganzes gegenwärtiges Vermögen verschenkt, schafft sich und seiner Familie einen Zustand absoluter Armuth, der viel größere Gefahren in sich birgt, als der der angeborenen Armuth. Kein Zweck, kein Beweggrund ist stark genug, um die freiwillige Schaffung eines solchen Zustandes zu rechtfertigen, und verlangt daher das öffentliche Interesse ein Verbot bezw. die Erklärung der Ungültigkeit solcher Schenkungen. Aber auch derjenige, der durch Schenkung eines erheblichen Theils seines gegenwärtigen Vermögens sich und die Seinen in eine Nothlage versetzt, ohne daß der Zweck oder Beweggrund seiner Schenkung dieses gefährliche Opfer zu rechtfertigen vermag, handelt wider das öffentliche Interesse, und es muß ihm mindestens durch Einräumung des Rechts der Rückforderung des zuviel Geschenkten die Möglichkeit der Befriedigung dieses öffentlichen Interesses gegeben werden.

Der gegen eine solche Beschränkung der Schenkungsfreiheit zu erhebende Einwand, daß damit die Seele des Privatrechts, der freie Wille der Vertragschließenden, die Freiheit des Rechtsverkehrs getödtet werde, trifft nicht zu. Der Wille der Kontrahenten ist nicht allmächtig. Er ist zwar ein sehr wichtiger Faktor bei der Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse, allein er ist nicht ausschließlich maßgebend. An unzähligen Stellen fehlt es überhaupt an einem individuellen Willen, er wird ergänzt durch den allgemeinen Verkehrswillen; an unzähligen Stellen fehlt es auch an diesem, und dieser wie jener wird ersetzt durch den Willen des Gesetzes; an unzähligen Stellen aber wird der individuelle Wille geradezu unterdrückt und zur Ohnmacht verdammt, weil er sich mit dringenden Anforderungen des öffentlichen Interesses oder der Moral im Widerspruch befindet, und diese Mächte in unsrer Rechtsordnung vielfach stärker sein müssen, als der Wille und die Interessen der Einzelnen. Für den Gesetzgeber handelt es sich in allen diesen Fällen um die Feststellung der Machtverhältnisse dieser kollidirenden Interessen und um die Entscheidung darüber, welchem derselben die Herrschaft über das andere zuerkannt werden müsse. Und wenn der Gesetzgeber wegen Fülle des Stoffs ins Einzelne einzugehen nicht vermag oder sich dessen nicht getraut, so hat er unter Feststellung eines allgemeinen Grundsatzes die Regelung der

Detailfragen dem sachverständigen Urtheile des Richters anheim zu geben.

Wie sehr eine zum Schutze des Vermögens unsers Volkes vor Armuth und Noth der Einzelnen einzuführende Beschränkung der Schenkfreiheit unsern Rechtsanschauungen entspricht, mag aus dem vielfach verwandten, gemeinrechtlich und partikularrechtlich bestehenden Institut der Entmündigung wegen Verschwendung entnommen werden. Der Entwurf hat es beibehalten, indem er § 29 besagt: „Eine Person, welche durch verschwenderische Lebensweise oder verschwenderische Geschäftsführung die Besorgniß rechtfertigt, daß sie sich oder ihre Familie dem Nothstande preisgiebt, kann wegen Verschwendung entmündigt werden.“ Die reine Schenkung des ganzen Vermögens oder eines so erheblichen Theils desselben, daß dadurch die schenkende Person sich oder ihre Familie dem Nothstande preisgiebt, ist eine Verschwendung, und es ist hierbei gleichgültig, ob die Verschwendung, wie beim leichtsinnigen Lebenswandel und bei der unverantwortlichen und maßlos unbesonnenen Geschäftsführung nach und nach in mehr oder weniger langen Zwischenräumen, oder wie bei der Schenkung des ganzen oder eines erheblichen Theils des Vermögens mit einem Schlage erfolgt. Das beiden Verschwendungen gemeinsame Merkmal ist die leichtsinnige Unterschätzung des Werths des Vermögens und das kopflose Rennen des Verschwenders ins Unglück. Und wenn das Gesetz in der Beschränkung der Dispositionsfreiheit des chronischen Verschwenders keine rechtswidrige Verletzung der Menschenwürde und der privatrechtlichen Urfreiheit der Personen findet, so darf es auch keinen Anstand nehmen, dem akuten Verschwender im Moment seines, zur Vernichtung oder gefährlichen Bedrohung seiner wirthschaftlichen Existenz führenden Schenkungsvorhabens die Disposition über sein Vermögen zu entziehen, oder ihm doch späterhin durch Einräumung des Rückforderungsrechts Gelegenheit zur Reue und Besserung zu geben.

Die Frage wäre dann nur noch die, ob das Gesetz mit der Beschränkung der Schenkfreiheit nicht ein schweres oder überhaupt ein Unrecht gegen den Beschenkten begeht. Daß im Falle der Rückgängigmachung einer Schenkung dem Beschenkten große Wirrnisse und Schädigungen erwachsen können, mag seine Verpflichtung auch nur auf Herausgabe der Bereicherung gehen, ist klar. Indeß theilt er dieses Schicksal mit allen Denen, welche wegen Ungültigkeit oder Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts zur Herausgabe des Empfangenen

verpflichtet sind. Allein ein wahres Unrecht wird ihm auch gar nicht zugefügt. Die hierüber bestehenden Anschauungen unsers Volkes sind etwa folgende:

Für einen großen Theil der Menschen hat der mühelose Erwerb von Vermögen einen sehr großen Reiz, und in allen Schichten der Bevölkerung finden sich zahlreiche Leute jeglichen Alters und Geschlechts, die namentlich Geschenke gerne annehmen[1]), denselben aber auch mit Aufwand einiger List, Heuchelei und Unverschämtheit nachgehen[2]). — Abgesehen von solchen Geschenken, die der Sitte und dem Herkommen gemäß bei gewissen Anläßen gegeben und angenommen zu werden pflegen, wie Geburtstags-, Weihnachts-, Hochzeits-, Jubiläums- und ähnliche Geschenke, nimmt indessen der mit einiger Lebensweisheit ausgerüstete Mensch keinerlei Geschenke an, namentlich nicht Geld oder solche Gegenstände, die nur den Schleier für den ihnen innewohnenden Geldwerth abgeben. Denn nach den sie begleitenden Umständen enthalten sie theils die Aufforderung zu gelegentlichen Gegengeschenken von weit höherem Werthe[3]), theils einen Bestechungsversuch zum Zweck der Vornahme einer widerrechtlichen Handlung, oder sie bergen andere Gefahren in sich, welche der zu Beschenkende im Augenblick nicht recht zu erkennen vermag[4]). Ist man aber einmal durch die Verhältnisse gezwungen, ein Geschenk anzunehmen, so wird der auf Unabhängigkeit haltende Mensch die erste beste Gelegenheit zu einem gleichwerthigen Gegengeschenk ergreifen. Wer dies vernachlässigt, hat stets das peinigende Gefühl, der Schuldner seines Schenkers und von diesem abhängig zu sein, und er läßt sich diesem gegenüber bei mancherlei Gelegenheiten leicht zu einem, demselben erwünschten Verhalten bestimmen, wozu er sich im Gefühl seiner Unabhängigkeit niemals verstanden haben würde.

---

[1]) Der deutsche Volksmund hat diese Erfahrung in mancherlei Sprüchwörtern niedergelegt, so z. B.: Gaben und Geschenke behagen Jederman. Wer verschmähet Gabe? — Kluge Leute und Gecken haben gerne Geschenke. — S. Tunicius, Ed. Hoffmann von Fallersleben. — Berlin 1870. Nr. 384. 726. 1237.

[2]) Sprüchwort bei Tunicius a. a. O. Nr. 638: Der begehrt Gabe, der sich vermißt, daß er viel zu geben habe.

[3]) Der Volksmund spricht in solchen Fällen von dem Werfen der Wurst nach der Speckseite.

[4]) Der Volksmund deutet dies so an: Geschenke haben ihre Ränke, — oder: Geschenke bringen Ränke. Vergl. die Sprüchwörter und Sinnreden des Deutschen Volks in alter und neuer Zeit. (Verfasser, Ort und Zeit der Herausgabe ist nicht angegeben).

Drückend aber wird für jeden einigermaßen feinfühlenden Menschen das Bewußtsein, daß der Schenker das Maß seiner Kräfte überschritten hat, und dieser Druck wird um so empfindlicher, je mehr letzteres der Fall war und der Schenker, um seinen Verlust auszugleichen oder unschädlich zu machen, sich Entbehrungen auferlegen muß, oder sein Vermögen nach und nach in Unordnung bringt und dem Verfall entgegenführt. Der einsichtige Beschenkte wird rechtzeitig Vorkehrungen treffen, daß ihn demnächst kein Vorwurf trifft. Mit der Beschränkung der Schenkfreiheit würde daher das Gesetz den unabhängigen und klugen Beschenkten kein Unrecht zufügen, indem es von ihnen nur Dasjenige verlangt, was sie schon von selbst thun oder unterlassen werden. Wir haben es daher nur mit der Kategorie derjenigen Menschen zu thun, deren Habsucht ihr Unabhängigkeitsgefühl oder ihre Klugheit (Sorge für guten Ruf) überwuchert. Für derartige Menschen braucht sich aber der Gesetzgeber nicht sonderlich zu erwärmen. Die Maitresse, die durch Annahme übermäßiger Geschenke an Geld und Geldeswerth ihren Liebhaber ruinirt und dessen Frau und Kinder der Noth preisgiebt, der Mitwisser eines bisher unentdeckten Verbrechens, der von dem geängsteten Verbrecher ein übermäßiges Geschenk als Schweiggeld empfängt, der leichtsinnige Neffe, welcher behufs Einlösung seiner Ehrenwortscheine von seinem, die Familienehre hochhaltenden Oheim eine Geldsumme schenkweise empfangen hat und der, späterhin zu größerem Vermögen gelangt, das von jenem gebrachte schwere Vermögensopfer durch Rückzahlung nicht ausgleichen will, der Pflegesohn, der bei der Protokollirung des Vermögensschenkungsvertrags die Verpflichtung zur lebenslänglichen Verpflegung, Verköstigung u. s. w. nicht ausdrücklich übernimmt, und späterhin seine arm gewordenen Pflegeeltern darben läßt, diese und ähnliche Sorten von Menschen verdienen den Schutz nicht, der dem redlichen Erwerb gebührt. Aber selbst in den Fällen, in welchen am schenkweisen Erwerb kein moralischer Schmutz klebt, ist schon die bewußte Theilnahme des Beschenkten an der den Schenker ruinirenden Vermögensverschwendung eine volkswirthschaftlich nicht zu duldende Handlung, sie ist und bleibt eine Ausbeutung des Leichtsinns, der Unerfahrenheit, Dummheit oder geschäftlichen Unselbstständigkeit des Schenkers, so daß das Gesetz keinen Anstand zu nehmen braucht, derartige Schenkungen für ungültig zu erklären, und den Beschenkten zur Rückgabe des ganzen Geschenks zu verpflichten. Nun mag es ja im Leben auch vereinzelte Fälle geben, in welchen der Beschenkte von

der schädlichen Uebermäßigkeit der Schenkung keine Kenntniß hat, in welchen er vielmehr des guten Glaubens ist, daß sie den Vermögensverhältnissen des Schenkers entspreche. In diesen Fällen stehen sich zwei des Schutzes gleichmäßig bedürftige Interessen entgegen, welche Kollision am gerechtesten durch ein Kompromiß dahin gelöst wird, daß der Beschenkte nicht das ganze Geschenk, sondern nur Dasjenige zurückzugeben verpflichtet wird, um was er zur Zeit der Geltendmachung des Rückforderungsrechts noch bereichert ist.

2. Gegenstand der Schenkung.

§ 3.

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre und dem Entwurf, welche für den Begriff der Schenkung eine Vermögenszuwendung an den Beschenkten, eine Vermögensbereicherung[1]) erfordern, läßt, wie das Römische Recht[2]), so auch das heutige Rechtsbewußtsein jedes wirthschaftliche Gut als Gegenstand der Schenkung zu. Wirthschaftliches Gut ist aber nicht bloß das Ding der außermenschlichen Natur, welches unsre materiellen Bedürfnisse zu befriedigen im Stande ist (Vermögensgegenstand), sondern Alles und Jedes, was unsre anerkannt wirthschaftlichen Bedürfnisse und Interessen, materielle und immaterielle, zu befriedigen geeignet ist, und was die Quelle wirthschaftlicher Mittel sein kann. Das materielle Vermögen ist nur eine Spezies des wirthschaftlichen Guts. Außerwirthschaftliche Güter, obwohl man auch sie im gesellschaftlichen Verkehr als

---

[1]) So Meyerfeld: Das Verschaffen eines pekuniären Vortheils, der Vortheil, den der Beschenkte erhält, muß in Geldeswerth angeschlagen, und als ein Vermögensbestandtheil angesehen werden können. Die Lehre von den Schenkungen. Bd. I. § 1 Nr. 1. 3. — Savigny: Die Bereicherung besteht darin, daß das Vermögen des Beschenkten, dem letzten Erfolg nach, in seinem Totalwerthe vermehrt werde. System. Bd. IV. § 149. — Schilling: Vertrag, wodurch Jemand aus Liberalität oder freier Gunst irgend ein Vermögensrecht an einen Anderen veräußert. Institutionen. Bd. III. § 350. — Windscheid: Schenkung im weiteren Sinn ist jede nicht testamentarische Vermögenszuwendung, durch welche a) das Vermögen des Empfängers vermehrt wird; b) deren Bestimmungsgrund für den Zuwendenden die Absicht ist, das Vermögen des Empfängers zu vermehren; die c) von dem Empfänger als eine in dieser Absicht gemachte angenommen wird. Im engeren Sinne ist Schenkung nur diejenige Vermögenszuwendung der bezeichneten Art, durch welche zugleich das Vermögen des Zuwendenden in entsprechender Weise vermindert wird. Pand. § 365.

[2]) Freiheit aus Sklaverei (servus libertate donatur), Familien-Selbstständigkeit (emancipationem donare), Civität (civitate donatus).

Gegenstände von Schenkungen zu bezeichnen pflegt [1]), finden im Rechtsgebiet keine Stelle. Nach der herrschenden Lehre können nur materielle und unmittelbare Vermögensgüter Gegenstand der Schenkung sein, nicht auch immaterielle, und wo sich irgendwo eine wohlwollende, freiwillige und unentgeltliche Zuwendung eines idealen Guts findet, da soll keine Schenkung vorliegen und jedenfalls fänden die Grundsätze der Schenkung auf sie keine Anwendung. Diese Doktrin hat in den Rechtsanschauungen unsres Volks keinen Eingang gefunden. Hier sind auch immaterielle Güter, so fern sie überhaupt ein rechtlich anerkanntes Interesse zu befriedigen vermögen, Gegenstand der Schenkung. Ich führe einige selbst beobachtete Fälle an. Ein in die Hände von Wucherern gerathener jüngerer Mann hatte sich ehrenwortlich durch Schuldschein verpflichtet, zu einer bestimmten Zeit eine größere Summe zu zahlen. Wenige Tage vor dem Verfall offenbarte er sich einem Freunde; die Summe war zu groß, als daß sie von den herbeigerufenen Freunden gedeckt werden konnte, und man mußte den Freund in dieser Hinsicht seinem Schicksal überlassen. Dagegen wurde mit dem Gläubiger eine Vereinbarung getroffen, daß dieser den Ehrenwortschein aushändigen, dafür einen gewöhnlichen Darlehnsschuldschein von seinem Schuldner erhalten und als Preis hierfür von den Freunden eine bestimmte Summe erhalten sollte. Dies geschah, Alles mit Zustimmung des Schuldners, den man von vornherein jeder Verpflichtung zur Rückzahlung enthob. Man nahm allerseits an, daß diese Summe lediglich ein Vermögensopfer der Freunde sei. Späterhin erwies sich der aus dieser Noth Gerettete gegen einen seiner Retter aus der Noth in höchstem Grade undankbar, und es wurde die Frage erörtert, ob auf dem Wege des Widerrufs der Schenkung der fragliche Retter den Ersatz seines Antheils an der Auslösungssumme von dem Geretteten verlangen könne. Die Frage wurde gerichtlich nicht ausgetragen, doch stimmten alle zu Rathe gezogenen Juristen wenigstens in dem Punkte überein, daß nach ihrer Rechtsüberzeugung der Undankbare zum Ersatz jenes Antheils verpflichtet sei. — Ein Arzt hatte sich einer Gemeinde gegenüber verpflichtet, für die Dauer von 5 Jahren seinen Wohnsitz in ihrem Dorfe zu nehmen. Eine Verpflichtung zur Ausübung der ärztlichen Praxis übernahm er nicht; man ging beiderseits davon aus,

[1]) Schenken Sie mir die Ehre Ihres Besuchs, Ihre Aufmerksamkeit, Liebe, Zuneigung, Freundschaft, Geduld u. s. w.

daß er schon in seinem eigenen Interesse die Praxis ausüben werde, sofern nicht dringende Abhaltungsgründe eintreten würden. Nach Ablauf eines Jahres traten Verhältnisse ein, die es ihm und seiner Familie sehr wünschenswerth erscheinen ließen, daß er seinen Wohnsitz aufgebe. Die Gemeinde beharrte auf dem Vertrag, um so mehr, als sie mit den ärztlichen Leistungen ihres Schuldners sehr zufrieden war, und die Berufung eines anderen Arztes nur durch Aufwendung erheblicher Geldopfer hätte bewirken können. Jener wollte indessen keine Abfindungssumme bezahlen. Da verstand sich seine Mutter hierzu; er selbst war mit der Befreiung von seiner Wohnsitzverpflichtung dankend einverstanden; eine Verpflichtung zur Rückgabe der aufgewendeten Summe war ausdrücklich ausgeschlossen. Nach dem Tode der Mutter entstand unter deren Erben ein Streit darüber, ob der Sohn die von der Mutter gezahlte Abfindungssumme zu konferiren habe. Die Erben behaupteten eine Schenkung dieser Summe; der Sohn behauptete, nicht diese, sondern die Freiheit von seiner Wohnsitzverpflichtung sei ihm geschenkt worden, sein Vermögen sei dadurch nicht vermehrt oder bereichert worden, im Gegentheil, er habe eine sehr einträgliche Praxis aufgegeben und viele Jahre nöthig gehabt, um sich an seinem neuen Wohnsitze eine halbwegs rentable Praxis zu gründen. Die Sache wurde verglichen. — Kurz vor der Hochzeit eines Brautpaares theilte der Bräutigam seiner Braut Verhältnisse mit, die es ihm als eine Pflicht gegen sich selbst und seine Eltern erscheinen ließen, nicht zu heirathen und das Verlöbniß zu lösen. Die Braut in ihrer Großmuth und Liebe gab ihn frei. Auf seinen Rath verkaufte sie ihre kurz vorher angeschaffte und nunmehr zwecklos gewordene Ausstattung, und büßte dabei gut ein Dritttheil deren Anschaffungspreises ein. Nach einiger Zeit benahm sich der vorhinige Bräutigam in gehässigster Weise gegen seine frühere Braut, indem er namentlich intime Beziehungen derselben zu ihm dritten Personen gegenüber grund- und rücksichtslos offenbarte. Es fragte sich, ob wegen dieser schnöden Undankbarkeit die also Gekränkte den Ersatz jenes beim Verkauf ihrer Ausstattung erlittenen Vermögensverlusts verlangen könne. Auch hier behauptete der Undankbare, es sei ihm lediglich die Freiheit vom Joche der Ehe geschenkt, sein Vermögen sei dadurch aber nicht vermehrt worden, im Gegentheil, er habe mit der Lösung des Verlöbnisses eine Reihe von Vermögensopfern bringen müssen und namentlich auf eine große Mitgift seiner Braut an Kapitalien und dergleichen verzichtet.

Derartige Fälle von Schenkungen immaterieller Güter sind im Leben keine Seltenheiten. Wer eine langjährige Erfahrung hinter sich hat, wird bestätigen können, daß sie häufig genug vorkommen. Man braucht nicht gerade nur an die Fälle des Loskaufs eines von See- oder Landräubern gefangenen Menschen, wobei Verwandte und Freunde aus Liebe und Barmherzigkeit und ohne die Absicht der Rückforderung die Loskaufsgelder aufgebracht haben, zu denken, man braucht sich nur der zahlreichen Fälle zu erinnern, in denen es sich um Schweiggelder wegen Verbrechen oder Vergehen, um die Einlösung gefälschter Wechsel und Urkunden, um die Verdeckung von Unterschlagungen, und um die Verhütung einer strafrechtlichen Untersuchung und Bestrafung wegen Verbrechen oder Vergehen handelt. Wohl konkurrirt hierbei vielfach die Befreiung eines Schuldners von einer vermögensrechtlichen Verbindlichkeit, allein dies ist meistens nur die nothwendige Folge der Schenkung eines immateriellen Guts, eine Folge, die der Schenker meistens gar nicht im Auge hat, an die er gar nicht denkt, die gar keine oder nur eine sehr untergeordnete Rolle spielt, während das ganze Sinnen und Trachten des Schenkers nur und allein auf die Beschaffung jenes immateriellen Guts gerichtet ist. Man denke an die Fälle der totalen Ueberschuldung eines in Amt und Würde stehenden Mannes, dessen Vermögenszusammenbruch von theilnehmenden Verwandten und Freunden mit dem besten Willen nicht mehr aufgehalten werden kann. Allein es sind gefälschte Wechsel im Umlauf, es haben Unterschlagungen stattgefunden. Um ihn vor Schimpf und Schande, Ehrlosigkeit, Zuchthaus oder Gefängniß zu bewahren, und um seine und seiner Familie Existenz nicht völlig vernichten zu lassen, schießen Verwandte und Freunde solche Summen zusammen, daß die Einlösung der gefälschten Wechsel und die Verdeckung der Unterschlagungen ermöglicht wird. Jeder der Helfer hat nur jene Ziele und Zwecke im Auge, keiner denkt an eine Vermögensbereicherung des Schuldners, die zudem für diesen auch nicht den geringsten Werth hat, da es ihm bei bevorstehendem Konkurse ganz gleichgültig ist, ob er ein paar Tausend Mark mehr oder weniger überschuldet ist. Ehre und Freiheit in ihren verschiedenen Lebensgestaltungen sind immaterielle, aber wirthschaftliche Güter, die nach den geläuterten Rechtsanschauungen unsres Volks allerdings Gegenstände einer Schenkung sein können, und es ist keineswegs richtig, dies lediglich auf irdisches Gut einzuschränken.

Zur Rechtfertigung der herrschenden Doktrin kann man auch

nicht die Konstruktion versuchen wollen, daß es sich in jenen Fällen eigentlich um eine Schenkung von Geldsummen Seitens der helfenden Verwandten und Freunde an den in der Noth befindlichen Schuldner und um ein Loskaufs- oder Befreiungsgeschäft zwischen diesem und dem Gläubiger handle. Dieser Konstruktionsversuch widerspricht dem thatsächlichen Vorgang und somit der Wahrheit allzusehr.

Das Gebiet der immateriellen wirthschaftlichen Güter, welche Gegenstand von Schenkungen sein können, ist ein ausgedehntes. Neben der Ehre und Freiheit sind es vornehmlich die Erziehung, die wissenschaftliche, künstlerische, gewerbliche und gesellschaftliche Ausbildung, die man im Leben als Geschenke antrifft. Auch sie unterliegen nach den Rechtsanschauungen des Volks einem Widerruf wegen groben Undanks insofern, als der Schenker, welcher sich zur unentgeltlichen Ausbildung des Beschenkten für eine Reihe von Jahren verpflichtet hatte, im Falle widerfahrenen groben Undanks die Fortsetzung der Ausbildung verweigern und den Ersatz der auf die bisherige Ausbildung verwendeten Geldopfer verlangen kann.

Zu den wirthschaftlichen, und speziell zu den Vermögensgütern gehört auch die Sicherheit der Forderung eines Gläubigers vor den Folgen der Zahlungsweigerung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch Pfandbestellung oder Bürgschaft, und können daher beide Sicherstellungsgeschäfte den Charakter der Schenkung annehmen. Die Pfandbestellung freilich durch den Schuldner selbst, mag sie auch noch so freiwillig, Angesichts seiner bevorstehenden völligen Insolvenz und in der Absicht der Bevorzugung des Gläubigers erfolgen, wird doch niemals Schenkung sein können, denn sie hat den Zweck der Schuldentilgung, und zu dieser ist der Schuldner verpflichtet. Anders die Bürgschaft und Pfandbestellung Seitens eines Dritten. Die herrschende Lehre und der Entwurf sprechen ihnen die Möglichkeit des Schenkungscharakters ab, weil sie niemals zu einer Bereicherung oder schließlichen Vermehrung des Totalwerths des Vermögens des Gläubigers führten. Diese Ansicht ist selbst dann unrichtig, wenn man die Bereicherung als ein Erforderniß der Schenkung betrachten wollte. Man nehme die Schuld eines dermalen vollständig insolventen Schuldners, diese Forderung hat dermalen auch nicht den geringsten Werth; kommt dazu, daß weder die Persönlichkeit des Schuldners, noch die sonstigen Verhältnisse jemals auf bessere finanzielle Umstände desselben schließen lassen, so ist und bleibt diese Forderung werthlos; der Kaufmann schreibt sie in seinen Büchern ab, jeder Gläubiger be-

trachtet sie als verloren, und wer dennoch mit ihr, wie mit einem wirklichen Vermögensbestandtheil rechnen wollte, würde sich einer argen Täuschung hingeben. Ist sie so für den Gläubiger verloren, und ist damit der Totalwerth seines Vermögens um diesen Betrag vermindert, und es kommt nun ein Dritter, welcher in schenkweiser Absicht den Betrag der Forderung dem Gläubiger zahlt, so bereichert er damit ganz unverkennbar dessen Vermögen, indem er den dermaligen Totalwerth dieses Vermögens vermehrt. Der Zahlung steht die Bürgschaft und Pfandbestellung gleich. Erkennt man nun gar, worüber im Verkehrsleben auch nicht der geringste Zweifel besteht, in der durch solide Bürgschaft oder das werthvolle Pfand eines Dritten gewährten Sicherheit einer Forderung ein besonderes wirthschaftliches Gut, so wird man die Möglichkeit einer Schenkung nicht bestreiten können, und man wird es gewiß billigen, daß derartige Schenkungen den für Schenkungen überhaupt gegebenen Formvorschriften unterliegen, und wegen groben Undanks angefochten werden können.

3. Absicht des Schenkers.

§ 4.

Man ist allgemein darin einverstanden, daß zum Begriff der Schenkung nicht blos die Absicht des Schenkers zur unentgeltlichen Zuwendung eines schenkbaren Guts an den Beichenkten gehört, sondern daß es auch noch einer weiteren, besonderen Absicht des Schenkers bedarf, um das Zuwendungsgeschäft zu einer Schenkung zu machen. Diese besondere Absicht soll nach der herrschenden Lehre und nach dem Entwurfe die auf die Bereicherung des Beschenkten gerichtete Absicht des Schenkers sein. Unter der Bereicherung aber wird verstanden die schließliche Vermehrung des Vermögens des Beschenkten in seinem Totalwerthe [1]). Dabei erfährt jedoch die Absicht der Bereicherung gewisse Einschränkungen. So soll das Bewußtsein des Zuwendenden, daß durch den Zuwendungsakt das Vermögen des Empfängers bereichert werde, dann nicht genügen, wenn beim Zuwendenden eine Absicht bestehe, durch welche die der Bereicherung ausgeschlossen werde, und dies sei schon dann der Fall, wenn eine wirklich vorhandene Absicht so vorherrschend sei oder überwiege, daß dagegen die Bereiche-

[1]) Savigny, a. a. O. § 152, 149. Windscheid, a. a. O. § 365. „Schenkung ist die Bereicherung um der Bereicherung willen".

rung ganz in den Hintergrund oder als untergeordnet zurücktrete. Die Bereicherung werde dann nur als eine untrennbare, gelegentliche Folge zugelassen, ohne selbst den Entschluß zum Rechtsgeschäft zu bestimmen, so daß dieses eben so vollzogen sein würde, auch wenn keine Bereicherung daraus hervorgegangen wäre. Zur Begründung dieser Ansicht beruft man sich auf eine Reihe quellenmäßiger Beispiele, in welchen, obwohl eine gewisse Absicht auf Bereicherung eines Andern vorliegt, das positive Recht dennoch eine Schenkung nicht annimmt. Die wichtigeren dieser Beispiele sollen hier einer Erörterung unterzogen werden.

„Wenn Einer eine Sache wissentlich über ihren Werth bezahlt, weil sie ihm unentbehrlich ist, oder unter ihrem Werth verkauft, weil er jetzt Geld braucht und nicht anders bekommen kann, so weiß er, daß er den Andern bereichert, aber in seiner Absicht liegt dieses so wenig, daß er es gerne vermeiden würde, wenn er nur könnte. Er unterwirft sich dem Verlust als einem nothwendigen Uebel u. s. w." Richtig ist, daß hier keine Schenkung, keine Absicht zu schenken, vorliegt. Aber jene Begründung ist unrichtig. Wer ein Haus, das für den Verkäufer und für ihn, den Käufer selbst, nur einen Werth von 20 000 hat, absolut haben will, und um den Verkäufer zum Verkauf geneigt zu machen, diesem 50 000 anbietet, hat unzweifelhaft die Absicht, den Verkäufer um 30 000 zu bereichern; die Meinung, daß er diese Absicht nicht habe, ist thatsächlich unrichtig. Ob er diesen Verlust und diese Bereicherung von 30 000 gerne vermeiden möchte, wenn er nur könnte, und ob er sich dem Verlust nur als einem nothwendigen Uebel unterwerfe, ist juristisch gleichgültig, da es im Verkehrsleben darauf, ob man einen Vertrag gern oder ungern schließt, unmöglich ankommen kann. Erfüllt doch auch nicht jeder Schuldner seine Verbindlichkeiten gern, und unterwirft sich doch auch der Darlehnsempfänger dem nothwendigen Uebel späterer Zurückzahlung. Und was insbesondere die Schenkungen betrifft, so giebt es im Leben Fälle genug, in welchen Jemand recht ungern schenkt, und dem durch die Sitte oder andere Umstände auferlegten Zwang zur geduldigen Hinnahme des nothwendigen Uebels einer Schenkung sich unterwirft. Die Absicht der Bereicherung kommt namentlich dann zum unverkennbaren Ausdruck, wenn bei den Verkaufsunterhandlungen von beiden Seiten anerkannt wird, daß das Haus in der That nur einen Werth von 20 000 habe, der Verkäufer aber 30 000 verdienen wolle. Nach den beiderseitigen Anschauungen ist diese Summe zunächst

nicht ein Aequivalent für das Haus selbst, sondern ein Preis für die Geneigtheit des Verkäufers zum Verkaufe überhaupt. Der nächste Zweck, die nächste Absicht des Käufers geht auf die Bereicherung des Verkäufers um 30 000, und sein entfernterer Zweck, seine entferntere Absicht auf den begehrten Vertragsabschluß. Man kann diesen Gedanken auch so ausdrücken: Des Käufers Zweck und Absicht geht auf Abschluß des Vertrags, und die beabsichtigte Bereicherung des Verkäufers ist nur Mittel zur Erreichung seines Zwecks. Der Käufer handelt hier überall nur in seinem Interesse; auch wenn er das Interesse des Verkäufers noch so sehr fördert, thut er dies doch nur in seinem eigenen Interesse; er bereichert den Verkäufer nicht um dessen, sondern um seiner selbst willen; er handelt nicht diesem zu Liebe, nicht diesem zu Gefallen, sondern sich zu Liebe, sich zu Gefallen, zur Erreichung seines Zwecks, zur Beförderung seines wirklichen oder vermeintlichen Nutzens oder zur Befriedigung seines Eigensinns. Richtig ist daher, wenn Savigny den Mangel der Schenkungsabsicht damit kennzeichnet, daß die Zwecke, die der Käufer verfolge, sich bloß auf ihn selbst, nicht auf den Verkäufer bezögen. Die bloße Bereicherungsabsicht des Schenkers ist daher nach den für dieses Beispiel gegebenen Erläuterungen Savigny's niemals ein charakteristisches Merkmal der Schenkung[1]).

In einer zweiten Kategorie von Fällen soll „die Bereicherung nur die gelegentliche, aber unfehlbare Folge der Familienverhältnisse sein. Werden nun diese durch ein Rechtsgeschäft neu bestimmt, so gelten sie als das Ueberwiegende, und die Bereicherung tritt als untergeordnet zurück, auf sie ist dann die Absicht nicht zu beziehen, und die wirklich vorhandene Bereicherung kann nicht als Schenkung angesehen werden." Als nächstes Beispiel wird angeführt: „Wenn daher ein Ehegatte dem andern den unentgeltlichen Mitgebrauch eines Hauses oder anderer Sachen überläßt, welches unter Fremden eine Schenkung sein könnte, so ist es keine Schenkung, weil es aus dem gemeinsamen häuslichen Leben folgt, und daraus folgen würde, auch wenn für den andern Theil kein Geldgewinn damit verknüpft wäre"[2]).

Hiergegen ist zu erwidern, daß der an die Spitze gestellte allgemeine Satz zu allgemein und weittragend und das angeführte Beispiel

[1]) Dasselbe Für und Wider gilt auch von den beiden Fällen der Bereicherung bei dem Vergleichsabschluß und dem Accord der Gläubiger mit einem insolventen Schuldner. Savigny, a. a. O. S. 81.

[2]) Savigny, a. a. O. S. 81.

nicht zutreffend ist. Es giebt allerdings Fälle, in welchen es dem einen Ehegatten an der Absicht der Bereicherung des andern fehlt. Es giebt aber auch entgegenstehende. Man nehme den Fall: zwei Eheleute bewohnten bisher ein dem Manne gehörendes Haus, während das der Frau gehörende, unter ihrer eigenen Verwaltung stehende Haus vermiethet war und jährlich einige Tausend Mark Miethzins eintrug, der stets für die Frau als Kapital verzinslich angelegt worden war. Nun weiß der Ehemann seine Frau zu bestimmen, daß deren Haus von der Familie bewohnt und sein eigenes vermiethet werde, so daß die Jahresrevenüen des letzteren ihm allein zufallen sollen. Ist dies alles in der bestimmten und ausdrücklich erklärten Absicht beider Theile, dem Vermögen des Mannes auf diese Weise aufzuhelfen und dasselbe zu vergrößern, vereinbart worden, so ist doch in der That die Bereicherung des Mannes das Ueberwiegende, die Wohnungsveränderung nur Mittel zu jenem Zweck, und man wird daher in dieser Vereinbarung, falls die Frau damit überhaupt ihrem Manne einen Gefallen zu erweisen die Absicht hatte und nicht von eigennützigen Zwecken geleitet war, eine wahre Schenkung erblicken müssen[1]).

„Endlich giebt es auch Fälle," fährt Savigny fort, „worin die persönliche Pietät gegen den Bereicherten oder gegen einen Dritten der eigentliche Beweggrund zu einer Handlung ist. Auch dagegen tritt dann die Bereicherung als untergeordnete Folge zurück, und die Handlung kann deshalb nicht als Schenkung beurtheilt werden." Als Beispiel hierfür wird angeführt: wenn ein Testamentserbe ein Vermächtniß vollständig auszahlt, obwohl er die Falcidische Quart hätte abziehen können, so wird durch diesen freien Entschluß der Vermächtnißnehmer bereichert. Geschieht es jedoch nicht zum Zweck der Bereicherung, sondern aus Pietät gegen den Erblasser, so gilt die Handlung nicht als Schenkung, während wenn der Erbe einem ihm besonders befreundeten Vermächtnißnehmer den Abzug erläßt, den übrigen nicht, sich dieser Erlaß als Schenkung zeigt, und nicht

[1]) L. 18 l. 28 § 2, l. 31 § 1 de don. int. vir (24. 1) reden nur von unbedeutenden Gebrauchsleistungen; derartige Schenkungen zwischen Ehegatten sollen nicht verboten sein. — Wenn Savigny, a. a. O. in Not. c das gemeinschaftliche Bewohnen des Hauses der Frau als das principale ansieht, und dies damit rechtfertigt, daß der natürlichste Gebrauch eines Hauses darin bestehe, daß es vom Eigenthümer bewohnt werde, so übersieht er doch, daß das Vermiethen eines Hauses auch ein sehr natürlicher Gebrauch desselben ist.

als Pietät gegen den Verstorbenen [1]). Um die Richtigkeit dieser Begründung beurtheilen zu können, muß man auf den mitgetheilten Fall doch näher eingehen. Der Erbe, dessen Erbschaft durch übergroße Vermächtnisse seines Erblassers geschmälert ist, steht vor der Wahl, ob er dem Wunsche seines Erblassers nachkommen und das Vermächtniß dem Bedachten ganz zuwenden, oder ob er mit Ignorirung jenes Wunsches von seinem Rechte Gebrauch machen und den gesetzlichen Abzug zu eigenem Vortheil und zum Nachtheil des Bedachten eintreten lassen soll. Dieser Wunsch des Erblassers, von welchem man im Leben zu sagen pflegt, er solle dem Erben heilig sein, hat auf den Durchschnittsmenschen einen mehr oder weniger starken Einfluß, und wenn sich nun der Erbe, dem ihm auferlegten seelischen oder sozialen Zwange nachgebend, aus wirklicher oder erheuchelter Pietät gegen seinen Erblasser zum Verzicht auf sein Abzugsrecht entschließt und das Vermächtniß in seinem ganzen Umfange entrichtet, so ist seine Pietät doch nur Beweggrund für seine Absicht, das Vermögen des Vermächtnißnehmers zu bereichern, welchem Beweggrund hier keine größere Wirksamkeit beigelegt werden kann, wie anderen Beweggründen bei anderen Rechtsgeschäften. Der Erbe selbst hat bei der Prüfung der Frage, wie er sich dem Wunsche seines Erblassers gegenüber verhalten soll, nicht bloß das Bewußtsein, daß er im entsprechenden Falle das Vermögen des Vermächtnißnehmers vermehre, sondern er hat auch geradezu die Absicht der Bereicherung. Diese tritt namentlich dann recht erkennbar hervor, wenn der Erblasser einen großen Werth darauf gelegt hatte, daß das Vermächtniß unverkürzt und ohne den dem Erben gesetzlich eingeräumten Abzug entrichtet werde. Denn der Erbe fragt sich, soll ich mich durch den Verzicht auf mein Recht in meinem Vermögen schädigen oder soll ich mich durch Geltendmachung meines Rechts nicht schädigen, und soll ich den Vermächtnißnehmer bereichern oder soll ich ihn nicht bereichern. Ob er sich zu dieser Bereicherung gerne entschließt oder nur ungern, und von welchem Beweggrunde er sich dabei leiten läßt, ist ganz gleichgültig. Wenn also trotz der Bedeutungslosigkeit des Pietätsgefühls als Beweggrunds und trotz der stark hervorgetretenen Bereicherungsabsicht in obigem Falle eine Schenkung nicht angenommen wird, so kann diese Absicht als ein charakteristisches Merkmal der Schenkung nicht angesehen werden.

---

[1]) Savigny, a. a. O. S. 83 f.

Als zweites Beispiel wird die unentgeltliche Pflege und Erziehung eines fremden Kindes angeführt. Geschehe dies blos aus rein menschlichem Antheil an dem Kinde, so liege eine Schenkung nicht vor. Dabei soll es Fälle geben, in welchen eine Bereicherungsabsicht überhaupt nicht bestehe, weil der freiwillige Erzieher bei seiner löblichen Handlung nicht an einen geschenkten Geldeswerth denke [1]. Darf man diesen Satz dahin verallgemeinern, daß überall da, wo Jemand bei einer freiwilligen und unentgeltlichen Zuwendung an deren Geldwerth nicht denke, auch eine Bereicherungsabsicht und darum eine Schenkung nicht vorliege, so würde man in zahllosen Fällen Schenkungen von zweifelloser Existenz verleugnen müssen. In anderen Fällen soll die Bereicherungsabsicht als ein untergeordnetes Moment hinter dem rein menschlichen Antheil des Erziehers an dem fremden Kinde zurücktreten. Aber was ist denn dieser rein menschliche Antheil? Eine positive Erklärung dieses Begriffs wird uns nicht gegeben. Man sollte doch denken, er ist die Theilnahme eines guten Herzens an dem Schicksal eines Kindes; es sieht Jemand ein fremdes Kind der Noth des Lebens preisgegeben, er sieht es darben, ungenügend ernährt und gekleidet, ohne Erziehung, in schlechter Gesellschaft, er will es vor leiblichem und sittlichem Verkommen retten, oder er will die unzweifelhaft vorhandenen guten geistigen Anlagen des Kindes ausbilden, er will es zu einem tüchtigen Mitglied der menschlichen Gesellschaft erziehen und eine sichere Existenz ihm gründen, mit einem Worte, er will ihm Wohlthaten erweisen, deren es ohne seine thätige Antheilnahme voraussichtlich für alle Zukunft entbehren würde. Aber gerade dieser Begriff wird von den Vertretern der herrschenden Lehre ausdrücklich ausgeschlossen [2]). Und warum soll denn jede sonstige rein menschliche Theilnahme an einem fremden Kinde das für den freiwilligen Erzieher prinzipale Moment, und die Absicht der Wohlthätigkeit und eventuell der Bereicherung das untergeordnete, die Wohlthat selbst

[1]) Solche Pflege- und Erziehungsfälle mögen doch wohl sehr selten sein. Wenn der Erzieher vor Fassung seines Entschlusses von der Theilnahme am fremden Kinde und von der edlen Aufgabe, die er sich gesetzt hat, auch noch so sehr erfüllt ist, wird er doch zuweilen auch an den Geldpunkt und an die pekuniären Vortheile, die dem Kinde erwachsen werden, denken. Jedenfalls kommen ihm aber solche Gedanken im Laufe der Pflege und Erziehung. Mit solchen Gedanken kann man im praktischen Rechtsleben nicht operiren, selbst abgesehen davon, daß ihre Beweise trügerisch sind.

[2]) Savigny, a. a. O. S. 85 Not. k, S. 86 f.

und die Bereicherung des Kindes nur die untrennbare, den Entschluß zum Rechtsgeschäft nicht bestimmende Folge des rein menschlichen Antheils sein? Ist es nicht vielmehr gerade der Hauptzweck, die Hauptabsicht des Erziehers, dem Kinde die Wohlthaten der Erziehung zuzuweisen? Die Fälle, in welchen Jemand bei solcher Erziehung eines fremden Kindes nur die Bedürfnisse seines eigenen Herzens oder die Erfüllung einer religiösen oder bürgerlichen Pflicht im Auge hat, sind doch wohl sehr selten. Wenn dann in dem Falle, daß ein Reicher einige Kinder aus einer zahlreichen Familie nicht in sein Haus aufnimmt, sondern bei andern in Pflege giebt und dafür Kostgeld zahlt, ein reines Geldgeschenk an den Vater angenommen wird[1]), so kann doch wahrlich diese Verschiedenheit der Form, in welcher der rein menschliche Antheil an dem fremden Kinde zum Ausdruck gelangt, den Begriff dieses menschlichen Antheils nicht alteriren. Ist es auch hier gestattet, jenen Satz dahin zu verallgemeinern, daß überall da, wo Jemand zu einer freiwilligen und unentgeltlichen Zuwendung durch seinen rein menschlichen Antheil am Empfänger bestimmt wird, eine Schenkung nicht angenommen werden dürfe, dann würde das Schenkgeschäft im Leben auf ein minimales Gebiet beschränkt, und es müßten auch hier in zahllosen Fällen Schenkungen von unzweifelhafter Existenz verleugnet werden.

Prüft man nun die herrschende Lehre von der Nothwendigkeit der Bereicherungsabsicht an der Hand des Lebens, so wird man allerdings zahlreichen Schenkungsfällen begegnen, in welchen die Absicht des Schenkers unmittelbar, ausgesprochener Maßen oder sonst wie unzweifelhaft auf die Bereicherung, auf die Vermehrung des Vermögens des Beschenkten in seinem Totalwerthe gerichtet ist. Es ist dies insbesondere dann der Fall, wenn ein größeres Geldkapital zur Begründung eines Geschäfts oder ein Landgut zum Betrieb der Landwirthschaft geschenkt wird; hier soll ein Vermögen geschaffen werden, aus dessen verständiger Bewirthschaftung dem Beschenkten Revenüen erwachsen, die ihm und seiner Familie eine sichere und sorgenfreie Existenz bereiten können. Andrerseits aber giebt es in zahlreichen Lebensverhältnissen zahllose Schenkungsfälle, in welchen die Absicht der Bereicherung thatsächlich gar nicht vorhanden ist, oder wenn zufällig einmal vorhanden, doch nicht in die äußere Erscheinung

[1]) Savigny, a. a. O. S. 86 Not. m.

tritt, und jedenfalls nicht Vertragsbestandtheil wird. Man betrachte nur die Geburtstags-, Weihnachts- und Hochzeitsgeschenke, die Verwandte, Freunde und Bekannte einander zu geben pflegen, die Masse unnöthiger oder mehr oder weniger nützlicher Dinge, wer von allen Spendern hat denn die Absicht, mittelst dieser Gegenstände von mitunter zweifelhaftem Geldwerthe den Totalwerth des Vermögens des Beschenkten zu erhöhen? Es verstößt ja geradezu gegen Sitte und Anstand, den Geldwerth dieser Geschenke zu erwähnen, mag derselbe ein niedriger oder ein sehr großer sein. Die Geschenke seltener Bücher, interessanter Kunstgegenstände, berühmter Gemälde und dergleichen an öffentliche Bibliotheken, Museen, Bildergalerieen, werden, obwohl man von einer Bereicherung dieser Sammlungen spricht [1]), doch nicht in der Absicht der Vermehrung des Totalwerths des Vermögens derartiger Anstalten gegeben, und es würde auf denjenigen Schenker ein sehr trübes Licht fallen, der sein Geschenk mit dem Bemerken begleitete, daß es so und so viel gekostet hätte. Selbst die vereinzelt und geheim oder die auf dem Wege öffentlicher Zeichnung an Gemeinden, Waisen-, Armen- und Krankenhäuser, an Kirchen, milde Stiftungen, Missions- und gemeinnützige Anstalten jeder Art behufs Unterstützung von Bedürftigen oder zur Förderung humaner, sittlicher oder nationaler Zwecke gegebenen Geldspenden, sofern sie alsbald an diese Bedürftigen verabfolgt werden sollen, und gleichsam nur als durchlaufende Einnahmen und Ausgaben erscheinen, werden nicht in der Absicht der Vermehrung des Totalwerths des Vermögens jener Anstalten gegeben. Noch viel weniger ist dies der Fall bei den Unterstützungen, die zur Linderung der Noth des Lebens der Bedürftigen diesen direkt gewährt werden. Auch der Gläubiger, der seinen Schuldner im Kampfe um die Erhaltung seiner Familie ringen und von Sorgen, Kummer und Verzweiflung gebeugt sieht, und aus Mitleid und Edelmuth diesem die Schuld erläßt, denkt hierbei nicht an dessen Bereicherung, und gleichwohl faßt das Leben selbst einen solchen Schulderlaß als Schenkung auf. Diese Beispiele, die auf Grund zahlreicher anderer Lebensverhältnisse in allen Schichten der Bevölkerung in sehr erheblichem Maße vermehrt werden können, werden zur Begründung der Ueberzeugung genügen, daß nach der rechtlichen Auffassung unsres Volks die Absicht des Schenkers, den

[1]) Man spricht ja selbst dann von einer solchen Bereicherung, wenn die erworbenen Gegenstände um bedeutende Preise angekauft worden sind.

Beschenkten zu bereichern, keinen wesentlichen Bestandtheil der Schenkung bildet.

Was ist denn nun in Wahrheit die Absicht des Schenkers, welche die freiwillige unentgeltliche Zuwendung zu einer Schenkung macht? Die Antwort ist nicht schwer zu finden, wenn man die allgemein anerkannte prinzipielle Bedeutung der Schenkung festhält. Die Schenkung ist hiernach eine Spezies der Gattung Gefälligkeit, die der Schenker dem Beschenkten erweist. Der Begriff der Gefälligkeit hat zwei Seiten; eine negative, daß sie vom Erweisenden in uneigennütziger Absicht und nicht zur Förderung seiner eigenen Interessen erwiesen wird, und eine positive, daß sie in der Absicht, dem Andern einen Gefallen zu erweisen, erfolgt. Dieser Gefallen ist ein Gattungsbegriff; sein charakteristisches Merkmal ist die Wahrung oder Förderung irgend eines von allen nur denkbaren Interessen des Lebens, realer oder idealer, geistiger oder körperlicher, privater oder öffentlicher; Interessen der Wissenschaft, Kunst, Religion, des Glaubens, der Humanität, Gesittung, des Handels und Wandels, der Gesundheit, Bildung, der Linderung der Noth, der Verhütung von Verbrechen und Lastern und dergleichen mehr. Was insbesondere die Interessen des Einzelnen betrifft, so können dieselben reine Geld- oder andere Vermögensinteressen sein, wissenschaftliche, künstlerische, gewerbliche, seelische (wie Freude und Zufriedenheit), gesellschaftliche (wie Ansehen, Würde, Glanz der Familie) und leibliche (wie Ernährung, körperliches Wohlbefinden, Behagen, Bequemlichkeit) und dergleichen mehr. Dies sind Dinge, die den Menschen gefallen, woran sie Gefallen finden, die ihnen gefällig (gelegen, beliebt, willkommen, angenehm, dienlich, nützlich, wohlthuend, zusagend, wohlgefällig) sind, die ihren Beifall haben, und wer sie einem Andern verschafft, der erweist ihm einen Gefallen oder eine Gefälligkeit. Und wer dies thut, um es zu thun, der handelt in der Absicht, einem Andern einen Gefallen oder eine Gefälligkeit zu erzeigen. Der Beweggrund zu diesem absichtlichen Thun kann in den verschiedensten Gebieten des Lebens liegen; man ist gefällig, weil es der Sitte, der Moral, der Religion entspricht, man thut dem Andern etwas Gutes aus Freundschaft, Liebe, verwandtschaftlicher Zuneigung, aus Mitleid, Wohlwollen, Edelmuth, Seelengröße, aus Dankbarkeit für früher empfangene Wohlthaten, aus Schwäche, verzeihlicher Prahlerei und Eitelkeit.

Nach diesen Momenten sind die einzelnen Schenkungsarten zu beurtheilen. Nimmt man beispielsweise die zwischen Verwandten und

Freunden gebräuchlichen Weihnachts-, Geburtstags- und Hochzeitsgeschenke, so weiß man, daß dieselben gegeben werden, um den Beschenkten einen Gefallen zu erweisen, um ihnen eine Freude zu machen. Wenn sie auch keinen Nutzwerth haben sollten, so pflegen sie doch dem Bedürfniß der Wohnlichkeit, dem Schönheitssinn irgendwie zu entsprechen. Andere erhöhen die Behaglichkeit und die Bequemlichkeit, andere dienen zur häuslichen Unterhaltung, wieder andere befriedigen ein Kunst- oder wissenschaftliches Bedürfniß, andere, wie silberne Tafelaufsätze, Brillanten und Juwelen erhöhen des Hauses Glanz und Würde u. s. w. Die Absicht, einen Gefallen damit zu erweisen, ist vorhanden; aus welchem Beweggrunde es aber geschieht, ist gleichgültig, derselbe kann die reinste Liebe und Zuneigung, die edelste Gesinnung sein, er kann aber auch darin liegen, daß man mit innerem Widerstreben und Aerger über die Persönlichkeit des Empfängers oder das gebrachte unnöthige und große Geldopfer sich lediglich der nun einmal bestehenden Sitte und ihrem sozialen Zwange unterwirft. Wer aus Eitelkeit und im Glauben, seine Mitmenschen zur Hochachtung für sich zu bestimmen, zur Unterstützung der Abgebrannten oder Wasserbeschädigten große Geldsummen zeichnet, wird zwar von einem unedlen Nebenmotiv geleitet, gleichwohl erweist er den Bedürftigen einen Gefallen, er hat die Absicht, diesen einen Gefallen zu erweisen und ist darum Schenker. Die an wissenschaftliche und Kunstanstalten, an Korporationen und Vereine zur Beförderung des öffentlichen Wohls gemachten Geschenke werden in der Absicht der Erfüllung der von diesen Instituten sich gesetzten Aufgaben und zur Förderung und Pflege ihrer Interessen gemacht, mögen auch bei einzelnen Schenkungen kleine Eitelkeiten der Schenker mitunterfließen. Auch diese Beispiele werden zur Begründung der Ueberzeugung genügen, daß nach der Rechtsauffassung unsers Volks die Absicht des Schenkers, dem Beschenkten einen Gefallen zu erweisen, wesentlicher Bestandtheil der Schenkung ist.

4. Vermögensbenachtheiligung des Schenkers.

§ 5.

Die herrschende Lehre und der Entwurf erfordern zum Begriff der Schenkung eine Vermögensverminderung des Schenkers[1]),

[1]) So Windscheid, a. a. O. § 365, Savigny, a. a. O. § 145: „Verlust", „es muß Etwas aus einem Vermögen ausscheiden und in das andere hinübergehen", „Veräußerung".

und scheiden daher diejenigen Fälle aus, in welchen blos die mögliche Vermehrung des Vermögens unterlassen, kein erworbenes Recht aufgeopfert wird, und insbesondere den Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Recht, wie die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zu Gunsten des Nachberufenen. Diese auf mißverstandene römische Rechtsquellen gegründete Ansicht widerspricht dem Wesen der Schenkung und unsrer heutigen Rechtsanschauung. Zwar ist die Vermögensverminderung d. h. die Verminderung oder Verkleinerung des gegenwärtigen wirklichen Vermögensstandes oder des Totalwerths eines Vermögens der weitaus häufigste Fall, allein er ist nicht der einzige, die so gedachte Vermögensverminderung ist nur eine Spezies der das Wesen der Schenkung ausmachenden Vermögensbenachtheiligung. Der ethische Charakter der Schenkung liegt darin, daß der Schenker das Interesse eines Andern nicht blos in uneigennütziger Absicht, mit Hintansetzung seines eigenen Vortheils, sondern geradezu zu eigenem Nachtheil, unter Beeinträchtigung, Beschränkung oder Benachtheiligung seiner eigenen Vermögensinteressen zu fördern bestrebt ist. Eine solche Vermögensbenachtheiligung liegt aber auch schon dann vor, wenn Jemand einen ihm dar- oder angebotenen Vermögenserwerb, den er ohne weitere Voraussetzung, als die seiner Annahmeerklärung, machen kann, ausschlägt. Versteht man doch auch sonst unter Vermögensschaden oder Vermögensverlust nicht nur den positiven Schaden oder Verlust, sondern auch den entgangenen Gewinn. Die Aufgabe des sorgfältigen Hausvaters besteht nicht blos darin, sein Vermögen zusammenzuhalten, sondern auch darin, es zu vermehren. Sparen und Erwerben betrachtet man als gleichwerthige Faktoren im Haushalt, und wer nicht erwirbt, wo er mit seinem einfachen Jawort erwerben könnte, erfüllt seine soziale Aufgabe ebensowenig und benachtheiligt sein Vermögen gerade so wie derjenige, der da nicht spart, wo er ohne Verletzung irgend einer Pflicht sparen könnte. Speziell bei der Schenkung kann es doch bezüglich der Opferwilligkeit des Schenkers keinen Unterschied machen, ob derselbe eine Sache schenkt, die er schon unter seinen Händen hat, oder eine solche, auf die er nur die Hände zu legen braucht, um sie zu haben. Wer vor einer herrenlosen Sache steht, und im Begriffe ist, sie zu okkupiren, sich aber sofort eines Andern besinnt, und in der Absicht, dieselbe einem Freunde zuzuwenden, diesen herbeiruft, ihm seine Schenkungsabsicht erklärt und ihn zur Okkupation veranlaßt, der hat doch ganz zweifel-

los seinem Freunde ein Vermögensopfer, sich selbst um die Sache gebracht und sein Vermögen geschädigt. Man kann, um das unzweifelhafte Dasein einer Schenkung in diesem Falle zu rechtfertigen, sich nicht mit der Konstruktion helfen, daß hier eine Art brevi manu facta traditio vorliege, indem einerseits die thatsächliche Okkupation des ersten Finders und andrerseits dessen Besitzübertragung an den herbeigerufenen Freund, somit eine ganz überflüssige Förmlichkeit gespart werde, und die Besitzergreifung sonach einmal die Funktion der Okkupation für den ersten Finder, und sodann die Funktion der Tradition von diesem an den beschenkten Freund habe. Denn dieser Vorgang widerspricht dem Willen der Kontrahenten; es ist nicht Eigenthumserwerb des ersten Finders durch Okkupation und darnach Eigenthumserwerb des herbeigerufenen Freundes durch schenkweise Tradition (Veräußerung), sondern lediglich die Okkupation der herrenlosen Sache durch letzteren beabsichtigt und vollzogen.

Die Fälle der Schenkung durch Ausschlagung einer angefallenen Erbschaft kommen in dem, der Beurtheilung des gemeinen Rechts unterliegenden Leben meistens in der Gestalt vor, daß ein zur Erbschaft der Mutter oder eines Geschwistertheils berufener wohlhabender Sohn bezw. Bruder die Erbschaft zu Gunsten seiner weniger bemittelten Geschwister, oder ein zur Erbschaft seines Bruders Berufener diese zu Gunsten seiner Kinder ausschlägt[1]). Es ist ein Vermögensopfer, welches sich der zur Erbschaft Berufene mit der Ausschlagung derselben auferlegt, er beeinträchtigt damit sein Vermögen, und wird ihm dies in der Folge schon klar werden, wenn ihm etwa eine Frau zur Seite steht, welche für den bewiesenen Edelmuth das richtige Verständniß nicht hat.

Daß man die zu Gunsten eines Andern erfolgende Ausschlagung eines solchermaßen an- und dargebotenen Vermögenserwerbs als eine Schenkung betrachten muß, wird wesentlich dadurch unterstützt, daß im Falle groben Undanks des Nacherwerbers gegen den Ausschlagenden unser Rechtsgefühl sich nicht davon abhalten läßt, letzterem ein Widerrufsrecht einzuräumen. In allen solchen Fällen wird selbstverständlich nicht blos das Dasein aller übrigen Bestandtheile der Schenkung, sondern auch das vorausgesetzt, daß der Ausschlagende wirklich im Stande gewesen wäre, den Erwerb für sich zu machen. Würde, um

[1]) In letzterem Falle liegen die Verhältnisse in der Regel so, daß der Vater seines hohen Alters wegen sein Vermögen bereits an seine Kinder abgetreten hat.

an das ersterwähnte Beispiel anzuknüpfen, der erste Finder der herrenlosen Sache bei seiner Rückkehr mit seinem Freunde diese nicht wieder finden, und nach vergeblichem Suchen ihre Auffindung aufgeben, dem Freunde die Aufsuchung allein überlassend, dann würde bei dessen späterer Findung die Zueignung des Schenkungscharakters entbehren, und der vom ersten Finder dem Freunde geleistete Dienst nur als einfache Gefälligkeitsleistung anzusehen sein. Ebenso kann die Ausschlagung der Erbschaft Seitens eines Erbunwürdigen nicht als Schenkung an den Nachberufenen betrachtet werden.

Die gemeinrechtliche Lehre [1]) und der Entwurf schließen beim Aufgeben einer für ein Recht bestehenden pfandrechtlichen oder anderen Sicherheit Seitens des Gläubigers eine Schenkung aus, weil jener Akt für den Gläubiger keine Vermögensverminderung enthalte, da die Hauptschuld bestehen bleibe. In dieser Allgemeinheit widerspricht der aufgestellte Satz dem Wesen der Schenkung. Man nehme zunächst den Fall, daß die Sicherheit nicht vom Schuldner, sondern von einem Dritten gestellt ist. Hatte letzterer ein Pfand gegeben oder sich verbürgt, und bittet er späterhin den Gläubiger um Freigabe des Pfandes oder Entlassung aus der Bürgschaft, so kommt es sehr darauf an, ob die Persönlichkeit und das Vermögen des Schuldners für die Forderung des Gläubigers eine derartige Sicherheit darbieten, daß Pfand und Bürgschaft ohne Bedenken entbehrt werden können, oder ob mit der Aufgabe der Sicherheit die Forderung des Gläubigers geradezu gefährdet ist. Im ersteren Fall hat Pfand und Bürgschaft für den Gläubiger keinen besonderen Werth, er erblickt im Aufgeben derselben keine Benachtheiligung seines Vermögens, sein Verzicht enthält wohl eine Gefälligkeit, aber keine Schenkung. Im zweiten Falle dagegen sagt sich der Gläubiger, daß mit dem Wegfall der gestellten Sicherheit seine Forderung an den Hauptschuldner so gut wie verloren, ohne jeglichen Werth sei. Giebt er hier den Bitten des Pfandbestellers oder Bürgen nach und erläßt er ihnen aus Edelmuth und um sie nicht unglücklich zu machen, ihre Verbindlichkeit, so benachtheiligt er unzweifelhaft sein Vermögen, er gilt als Schenker, dem die Befreiten nicht mit Undank lohnen dürfen, und der im Fall des Undanks durch Ausübung des Widerrufsrechts die Wiederherstellung des Pfandrechts und der Bürgschaft verlangen kann. Ganz dasselbe ist der Fall, wenn der Schuldner selbst Sicherheit durch Pfand-

[1]) Savigny, a. a. O. S. 55; Windscheid, a. a. O. § 365 Not. 3.

bestellung geleistet hat. Entscheidend für den Charakter des Verzichts, ob bloße Gefälligkeit oder Schenkung, sind die Vermögensumstände des Schuldners zur Zeit des Verzichts, so daß insbesondere dann, wenn der zu dieser Zeit wohlvermögende Hauptschuldner später insolvent wird, der Bürge oder dritte Pfandbesteller nicht nachträglich Beschenkter wird. Entscheidend ist ferner das Bewußtsein des Verzichtenden, ob er mittelst des Verzichts sein Vermögen benachtheilige oder nicht bezw. ob er dem Sicherheitsbesteller nur einen Gefallen erweise oder eine Schenkung mache. Im Streitfalle ist der eine Schenkung behauptende Sicherheitsbesteller beweispflichtig.

Eine Vermögensbenachtheiligung liegt in den gewöhnlichen Fällen der Gebrauchsleihe und des Hinterlegungsvertrags nicht vor. Ob ein Buch in der Bibliothek des Besitzers steht oder für einige Zeit zum Zweck des Lesens einem Andern gegeben ist, ist für das Vermögen des Besitzers eine gleichgültige Thatsache; desgleichen ob der Bewahrer einer hinterlegten Sache einen Theil seiner freien Zeit dieser Aufbewahrung widmet. Selbst wenn aber damit einige Nebenkosten, wie Porto, Futter für ein geliehenes Pferd und dergleichen verbunden sind, so kommen dieselben nach der Auffassung des Lebens als Nebensachen gegenüber der Hauptsache der Gefälligkeit gar nicht in Betracht; man pflegt zu sagen, der Verleiher läßt sich seine Gefälligkeit Etwas kosten. Wer einem in sein Haus kommenden Handwerksburschen Etwas von seinem Mittagessen verabreicht, benachtheiligt sein Vermögen nicht, man denkt, wo Fünfe essen, kann auch ein Sechstes mitessen, schlimmsten Falls mögen die Andern ihren Appetit etwas einschränken. Man spricht daher auch nicht von einem an einen Bettler geschenkten Mittagessen. Giebt man ihm aber ein in der Familie noch brauchbares Kleidungsstück, und wird dasselbe als ein Opfer betrachtet, so sagt man: ich habe ihm das und das geschenkt. Ist es dagegen im Haushalt nicht mehr brauchbar, und mag es immerhin noch einen nicht ganz unerheblichen Geldwerth haben, so scheut man sich, von einem Geschenke zu sprechen, man sagt höchstens: ich habe ihm das und das gegeben[1]).

---

[1]) Es ist überhaupt ein Zug unserer Zeit, so wenig wie möglich von Geschenken zu sprechen. Man pflegt das Wort: Gabe — zu substituiren. Die öffentlichen Aufforderungen zur Unterstützung von Armen und Elenden, Wasser- und Feuerbeschädigten sprechen von milden Gaben, milden Beiträgen, die kleinste Gabe wird angenommen. Man will damit andeuten, daß Jeder nach seinen Verhältnissen geben, sich nicht benachtheiligen und nur von Dem geben soll, was er,

Räume ich meinem Freunde oder einer bedürftigen Familie, um ihnen eine Wohnung zu gewähren, in meinem Hause einige Zimmer ein, die ich nicht vermiethet haben würde, sei es daß sie unbenutzt geblieben wären, sei es daß ich sie benutzt hatte, mich nunmehr aber in meiner Wohnung etwas einschränken muß, so wird dadurch mein Vermögen nicht benachtheiligt, und ich erscheine nicht als Schenker. Ich übe nur eine Gefälligkeit aus, selbst wenn ich die abgegebenen Räume mit Aufwand von Kosten in wohnlichen Zustand versetze und darin erhalte. Anders wenn ich mit allen diesen Gewährungen mein Vermögen benachtheilige. Räume ich dem Freunde unentgeltlich ein Logis ein, welches ich bisher um den Preis von 1000 vermiethet hatte und um denselben Preis anderweit vermiethen könnte, so sind die Grenzen der bloßen Gefälligkeit überschritten und es liegt, falls die übrigen Voraussetzungen zutreffen, eine Schenkung im Werthe von 1000 vor, die Gebrauchsleihe hat den Charakter einer Schenkung.

5. Vertragsnatur der Schenkung.

§ 6.

In der Doktrin ist es zur Zeit noch streitig, ob die Schenkung ein Vertrag sei oder nicht; zu einer herrschenden hat es noch keine Ansicht gebracht. Ich selbst halte sie für ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, für einen Vertrag, der im großen Ganzen unter den vom Gesetz für Verträge überhaupt aufgestellten Grundsätzen steht. Darnach wird für den Abschluß der Schenkung die gegenseitige Erklärung des übereinstimmenden Willens der Schenkungskontrahenten über die zum Wesen der Schenkung gehörenden Theile gefordert (Entw. § 77, 78), sie besteht aus Schenkungsangebot und Schenkungsannahme und wird erst perfekt mit letzterer, selbst wenn inzwischen eine vollendete Zuwendung des geschenkten Guts mit den ihr eigenthümlichen rechtlichen Folgen, wie Eigenthumsübergang, Befreiung von einer Schuld und dergleichen stattgefunden hatte. Wenn also Jemand in schenkerischer Absicht mit Benutzung der Abwesenheit seines Freundes auf dessen Grundstück ein Haus erbaut, so ist zwar in Folge Verbindung das

ohne sich wehe zu thun, entbehren kann. Der feinfühlende Schenker will dem Beschenkten gegenüber nicht zugestehen, daß er ein eigentliches Opfer gebracht habe, er will das Geschenk als etwas Unbedeutendes, als nicht der Rede werth, betrachtet wissen, wofür ein sonderlicher Dank gar nicht gerechtfertigt sei.

Eigenthum des Freundes am erbauten Hause sofort erworben (Entw. § 890), allein die Schenkung wird erst mit der Annahmeerklärung des Beschenkten perfekt. Zahlt Jemand in Abwesenheit seines Freundes dessen Schuld beim Gläubiger, so ist zwar diese Schuld sofort erloschen, die Schenkung aber wird erst mit der Annahme des Freundes existent. Schlägt der Freund die Schenkung aus, so ist und bleibt ihm das Eigenthum erworben und seine Schuld ist und bleibt erloschen, allein die Voraussetzung, unter welcher der Schenker die Zuwendung machte, nämlich die Annahme des Geschenks, ist nicht eingetreten, und es kann somit der Schenker das Zugewendete vom Bedachten zurückfordern. Dies Alles ist sehr natürlich und einfach.

Eine Ausnahme aber wird gemacht werden müssen; die eigenthümliche Natur der Schenkung erfordert eine kleine Abweichung von den Grundsätzen über Vertragsschließung. Sie betrifft die Zeit, innerhalb welcher derjenige, dem eine Schenkung angetragen ist, sich über die Annahme oder Nichtannahme erklären soll, und binnen welcher der Antragende an seinen Antrag gebunden ist. Hat der Schenker bei seinem Antrage eine Frist für die Annahme bestimmt, und mag sie noch so klein und nutzlos für den Beschenkten sein, so kommen, ohne Rücksicht auf dessen Zwangslage, die gewöhnlichen Grundsätze über den Vertragsabschluß zur Anwendung, d. h. der Schenker bleibt bis zum Ablaufe jener Frist und nur bis dahin an seinen Antrag gebunden, und sein Antrag erlischt, wenn der Beschenkte vor Ablauf derselben seine Annahme nicht erklärt. Hat aber der Schenker einem Anwesenden oder Abwesenden ohne Bestimmung einer Frist den Schenkungsantrag gemacht, so soll nach meinem Dafürhalten der Beschenkte nicht verpflichtet sein, bei Meidung der Erlöschung des Antrages, seine Annahme sofort zu erklären [1]), sondern es soll ihm eine den Umständen nach angemessene Frist zur Ueberlegung und Erkundigung und Annahme oder Ablehnung gestattet werden. Das Erforderniß einer

---

[1]) Der Entwurf bestimmt in § 83: „Wird der Vertragsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist einem Anwesenden gemacht und von diesem nicht sofort angenommen, so erlischt der Antrag," — und in § 84: „Wird der Vertragsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist einem Abwesenden gemacht, so ist der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei Unterstellung der rechtzeitigen Ankunft des Antrags und der nach der Verkehrssitte als rechtzeitig zu betrachtenden Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Kommt die Erklärung der Annahme nicht bis zu diesem Zeitpunkte dem Antragenden zu, so erlischt der Antrag."

strikten, sofortigen und unverzüglichen Antwort auf ein Vertragsangebot ist zwar im gewöhnlichen Verkehrsleben, wo es sich um Interessen des Antragenden handelt, die durch einen Zeitaufschub gefährdet werden können, vollständig am Platze, nicht aber im Schenkungsgebiete, wo keine wesentlichen Interessen des Schenkers in Frage stehen, wobei es auf ein bischen Zeit mehr oder weniger, in welcher sich der Antragende über das Schicksal seines Antrags im Ungewissen befindet, nicht ankommen kann, wo die Gesinnung des Schenkers gegen den Beschenkten keine vorübergehende, sondern eine dauernde ist, und wobei schließlich häufig ein reifliches Ueberlegen des Beschenkten zur Abwendung erheblicher Gefahren geradezu nothwendig ist. In den gewöhnlichen Fällen der Schenkung, bei Geburtstags-, Weihnachts- und sonstigen Gelegenheitsgeschenken wird sich zwar der Beschenkte rasch entschließen können, in anderen, dunkeln Fällen aber nicht. Wird mir ein Landgut zum Geschenk angeboten, so werde ich doch wohl prüfen dürfen, ob es schuldenfrei ist oder in welchem Umfange Pfandrechte darauf haften; was der Beweggrund des Schenkers ist; ob vielleicht eine betrügerische Absicht des Schenkers, eine Benachtheiligung der Gläubiger vorliegt; ob es dem Schenker eigenthümlich zugehört und ob er frei darüber verfügen kann oder ob ich mich wohlbegründeten Ansprüchen Dritter oder gar dem Verdachte aussetze, daß ich der Theilhaber eines Verbrechens oder einer sonstigen unehrenhaften Handlung sei. Man wird daher dem Beschenkten eine angemessene Zeit zur Ueberlegung und Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Schenkung einräumen müssen und zwar in der Weise, daß der Schenker, dem die Erklärung des Beschenkten zu lange ansteht, oder der einen zu langen Aufschub der Erklärung befürchtet, nachträglich eine angemessene Frist bestimmt[1]).

Der Schenkungsvertrag gehört, wie schon früher bemerkt, zur Kategorie der Gefälligkeitsverträge, d. h. derjenigen Verträge, die in der Absicht geschlossen werden, daß der eine Theil dem andern einen Gefallen erweise[2]). Bei der Definition der Schenkung bedarf

[1]) So lange die Unterhandlungen über den Schenkungsantrag noch nicht beendigt sind, also in continenti, kann der Schenker jede beliebige Frist für die Annahmeerklärung vorbestimmen.

[2]) Zu derselben Kategorie gehört auch die reine Gebrauchsleihe und der reine Hinterlegungsvertrag, während der Leihvertrag, der zugleich im Interesse des Verleihers (z. B. des auf Reisen gehenden und die Bewahrung seiner Sache dem Gebrauchsbedürftigen überlassenden Verleihers), und der Hinterlegungsvertrag,

es daher nur der Bezeichnung derselben als eines Gefälligkeitsvertrags, und nicht der besonderen Hervorhebung der für den Schenker unentbehrlichen Absicht, vermittelst der Schenkung dem Beschenkten einen Gefallen zu erweisen.

II. Kritik und Vorschlag.

1. Begriff der Schenkung.

§ 7.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen über den Begriff und das Wesen der Schenkung wende ich mich der Kritik des Entwurfs zu.

Der Entwurf giebt zunächst in § 437 eine knappe Bestimmung des Begriffs der Schenkung und in den §§ 438 und 439 einige für nothwendig erachtete Erläuterungen desselben.

Mit dem gesetzlichen Versuche einer Definition der Schenkung überhaupt kann man vom praktischen Standpunkte aus nur einverstanden sein. Denn nicht nur, daß maßgebende Gesetzgebungen in dieser Hinsicht von einander abweichen, so werden auch selbst die Anhänger der herrschenden, auf römisch-rechtliche Quellen gegründeten Lehre zugeben müssen, daß deren Begriffsbestimmung keineswegs jeder Anfechtung entrückt ist. Die Motive erkennen an, daß die Definition des Entwurfs keine vollständige sei, und daß immerhin noch manche Zweifel übrig blieben; deren Entscheidung müsse jedoch der Wissenschaft überlassen werden. Auch hiergegen dürfte vom praktischen Standpunkte aus nichts einzuwenden sein. Eine verständige Praxis hilft nicht blos ergänzend, sondern häufig auch abändernd nach, und setzt sich nicht blos mit dem Wortlaut, sondern zuweilen auch mit dem Willen des Gesetzes in Konflikt, wenn sie

---

der zugleich im Interesse des Verwahrers (z. B. behufs zeitweiligen Gebrauchs) geschlossen wird, zur Kategorie der gemischten Geschäfte zu rechnen ist. Auch der Kauf- und Miethsvertrag kann den Gefälligkeitscharakter annehmen, insbesondere dann, wenn Jemand seine Sache, die er zur Förderung seines Interesses niemals verkauft haben würde, seinem, derselben dringend bedürftigen Freunde, um ihm gefällig zu sein, gegen den werthentsprechenden Preis oder gar darunter verkauft. Pflegt ja doch auch der ans Tageslicht gezogene Wucherer gar zu gerne damit zu prahlen, daß er dem des Geldes dringend bedürftigen Schuldner nur aus Gutmüthigkeit, um ihm gefällig zu sein und ihn von einer großen Verlegenheit zu befreien, das Darlehen gegeben habe.

diesen als einen eklatanten Irrthum erkennt. Allein damit werden ungesunde Zustände geschaffen. Der Richter weiß, daß er gegen den Willen des Gesetzes nicht erkennen darf, und andrerseits kann er sich als Richter des Rechts dem Irrthum des Gesetzgebers nicht unterwerfen. Daher sehen wir sehr oft verzweifelte Versuche der richterlichen Gesetzesauslegung, den Geist des Rechts mit dem Willen des Gesetzes in Uebereinstimmung zu bringen. Diese unwürdige Zwangslage muß dem Richter erspart bleiben, und muß daher der Gesetzgeber seine ganze Kenntniß und Erfahrung aufbieten, um eine möglichst vollständige und richtige Begriffsbestimmung zu geben.

Der § 437 lautet:

> „Als Schenkung gilt die an einen Andern erfolgende Zuwendung, durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert und der Andere bereichert wird, sofern sie in der Absicht dieser Bereicherung geschieht und der Andere die Zuwendung als Geschenk annimmt."

Diese Definition ist sachlich unrichtig und überdies in formeller Beziehung mehrfach zu beanstanden.

In formeller Hinsicht ist sie zunächst keine vollkommene, weil sie als nothwendiges Erforderniß der Schenkung das „Geschenk" bezeichnet, den zu bestimmenden oder zu erklärenden Begriff also mit ihm selbst zu bestimmen oder zu erklären versucht. Unzutreffend wäre jedenfalls die Behauptung, in der Sprache des Verkehrslebens sei der Begriff des Geschenks ein völlig sicherer, so daß derselbe unbedenklich zur Erklärung des unsicheren Begriffs der Schenkung verwendet werden könnte. Denn die Verkehrssprache bezeichnet gar Manches als Geschenk, was es im Rechte nicht ist, und umgekehrt. Wer aber weiß, was ein Geschenk ist, wird ungefähr auch wissen, was Schenkung ist.

Es ist ferner nicht einzusehen, warum die Begriffsbestimmung eingeleitet wird mit den Worten: „Als Schenkung gilt..." und nicht naturgemäß mit den Worten: „Schenkung ist...." Die erstere Redewendung ist zwar häufig nicht zu entbehren, allein sie hat eine Berechtigung nur dann, wenn eine gegebene Begriffsbestimmung („Schenkung ist....") einen nicht für alle Fälle zutreffenden Ausdruck enthält und der Gesetzgeber das Bedürfniß fühlt, daß auch noch einigermaßen anders geartete Fälle ebenfalls unter den Begriff des definirten Rechtsgeschäfts fallen sollen.

Man erfährt sodann nicht, ob das Wort „Zuwendung“ die Zuwendungshandlung (den aktiven Theil des zweiseitigen Zuwendungsakts), oder den Gegenstand der Zuwendungshandlung d. h. das Zugewendete bedeuten soll. Wird erstere darunter verstanden, so ist der Schlußsatz: „und der Andere die Zuwendung als Geschenk annimmt“ unrichtig, denn man kann eine Handlung nicht als den Gegenstand derselben annehmen, und wäre mit der Zuwendung das Zugewendete selbst gemeint, so wäre unter der Schenkung nicht das Rechtsgeschäft selbst, sondern das Geschenkte oder das Geschenk verstanden.

Weiter aber ist die ganze Konstruktion des Schenkungsbegriffs eine ungewöhnliche und äußerst unbeholfene, die sich m. E. für ein Gesetzbuch nicht geziemt, so wenig geziemend, wie wenn man etwa das Darlehn definiren wollte: Als Darlehn gilt die an einen Andern erfolgende Hingabe einer gewissen Menge vertretbarer Sachen zu Eigenthum, sofern sie in der Absicht geschieht, daß eine gleiche Zahl gleicher Sachen demnächst zurückgegeben werde, und der Andere diese Hingabe als Darlehn (oder als dargeliehen) annimmt.

Außergewöhnlich und verwirrend ist schließlich die Ausdrucksweise: „und der Andere die Zuwendung als Geschenk annimmt“. Wie die Motive (S. 286) besagen, soll mit diesem Erforderniß zugleich der Vertragscharakter der Schenkung gekennzeichnet werden. Man darf wohl auch noch einen Schritt weiter gehen und annehmen, daß mit jenem Zusatze auch der Schenkungscharakter des Vertrags habe gekennzeichnet, d. h. daß auch noch weiter hätte ausgedrückt werden sollen, daß der Zuwendungsempfänger einen Schenkungsvertrag und nicht einen anderen Vertrag habe schließen wollen. Allein dies wäre doch einfacher und deutlicher erreicht worden, wenn man von vornherein die Schenkung als einen Vertrag bezeichnet hätte. Denn dieser bekannte Begriff (§§ 77, 78 Entw.) umfaßt ja die Einigung, die gegenseitige Erklärung des übereinstimmenden Willens der Vertragschließenden bezüglich aller nach dem Gesetze zum Wesen des zu schließenden Vertrags gehörenden Theile.

So müßte also selbst dann, wenn die Definition der Schenkung materiell richtig wäre, eine umfassende Aenderung der Begriffsbestimmung in formeller Beziehung erfolgen.

Sie ist aber nach den einleitenden Bemerkungen unserer Untersuchung auch sachlich völlig unrichtig. Denn die Vermögensbereicherung und die Absicht der Bereicherung ist kein wesentliches Erforderniß

der Schenkung. Ist dies richtig, so muß auch der überdies an sich ganz unrichtige Satz des § 439:

> „Eine Bereicherung liegt nicht vor, wenn für ein Recht Sicherheit geleistet wird, selbst wenn ein Anderer als der Verpflichtete die Sicherheit leistet —"

ausscheiden.

Ebenso unverträglich mit dem Schenkungsbegriff ist der zweite Absatz des § 439:

> „Eine Vermögensverminderung liegt nicht vor, wenn auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Vermögensrecht verzichtet oder ein Vermögenserwerb unterlassen oder die für ein Recht bestehende pfandrechtliche oder andere Sicherheit aufgegeben wird."

Scheidet auch dieser Satz aus dem Begriff der Schenkung aus, so fällt der Schlußsatz des § 439:

> „Als Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Recht gilt die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses"

von selbst weg.

Unvollständig, zum Theil unrichtig und dem Wesen der Schenkung ganz fremd sind die Bestimmungen des

§ 438.

> „Hat Jemand einen Anderen ohne dessen Willen durch eine sein Vermögen vermindernde Zuwendung in der Absicht, zu schenken, bereichert, so ist der Zuwendende so lange gebunden, bis der Andere die Schenkung ablehnt.
>
> Die Annahme der Schenkung wird vermuthet, wenn der Andere, nachdem er von der Bereicherung und der Schenkungsabsicht Kenntniß erlangt hat, nicht unverzüglich die Ablehnung erklärt.
>
> Im Falle der Ablehnung ist der Zuwendende die Herausgabe der Bereicherung nach Maßgabe der §§ 742 bis 744 zu fordern berechtigt."

Der erste Absatz ist an sich nicht unrichtig. Wer hinter dem Rücken seines Neffen in schenkerischer Absicht dessen Schulden bezahlt, würde sehr gegen das Wesen der Schenkung verstoßen, wenn er sofort, nachdem dieser von jenem erfreulichen Ereignisse Kunde erhalten, sein Schenkungsangebot zurückziehen und das ausgelegte Geld von diesem zurückfordern wollte. Allein es ist nicht einzusehen, warum diese

Wartezeit und Gebundenheit bloß in dem speziellen Falle der bereits vollzogenen Bereicherung eintreten soll, und nicht vielmehr bei dem Schenkungsangebot überhaupt. Nach dem Wortlaut des Entwurfs würde das einfache Schenkungsangebot, ja sogar das vom Geschenk selbst begleitete, wie ein gewöhnliches Vertragsangebot zu behandeln sein, und es wäre daher nach § 84 Entw. der Schenkungsantragende nur bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei Unterstellung der rechtzeitigen Ankunft des Antrags und der nach der Verkehrssitte als rechtzeitig zu betrachtenden Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Dies widerspricht dem Wesen der Schenkung und ist vom Gesetzgeber auch nicht beabsichtigt. Denn die Motive besagen, daß die Zuwendung, ähnlich wie in Ansehung eines noch nicht angenommenen Schenkungsversprechens, als eine der Annahme bedürfende Offerte einer Schenkung anzusehen sei, und es sei anzunehmen, der Zuwendende habe stillschweigend erklärt, daß er so lange an die Schenkungsofferte gebunden sein wolle, bis die Schenkung abgelehnt worden[1]). Die Motive wollen also mit jedem Schenkungsangebot die Gebundenheit des Schenkers bis zur erklärten Ablehnung des Beschenkten verbinden, und es bedarf daher der erste Satz des § 438 einer desfallsigen Umwandlung.

Der zweite Satz des § 438 steht ebenfalls auf dem Boden der vollzogenen Bereicherung und bedarf daher nach dem Gesagten einer Umwandlung mindestens dahin, daß die Annahme der Schenkung vermuthet werde, wenn der Beschenkte, nachdem er von dem Schenkungsangebot Kenntniß erlangt hat, nicht unverzüglich die Ablehnung erklärt. Allein eine solche Bestimmung, mag sie nun in dieser generellen oder in jener speziellen Gestalt auftreten, ist dem Wesen der Schenkung durchaus fremd und mit demselben nicht verträglich. Nach

[1]) Es ist nicht nöthig, diese Gebundenheit mit einer stillschweigenden Willenserklärung zu rechtfertigen. Eine solche Absicht kommt in den meisten Fällen gar nicht zur Existenz. Der Oheim, der hinter dem Rücken seines Neffen dessen Schulden bezahlt und dieses Ereigniß ihm mittheilt, denkt gar nicht an den Fall der Ablehnung, er hat also auch gar nicht die Absicht, sich bis zur eintreffenden Ablehnung für gebunden zu halten. Die Gebundenheit folgt aus dem Wesen der Schenkung. Die Offerte ist und bleibt Offerte, ein Bedürfniß zur zeitlichen Einschränkung des Angebots existirt regelmäßig gar nicht, denn das Wohlwollen des Schenkers ist von dauernder Natur, und Interessen des Schenkers, die durch eine Verzögerung der Antwort benachtheiligt werden könnten, stehen regelmäßig nicht in Frage. Bedürfte aber der Schenker im einzelnen Falle einer baldigen Antwort, so kann er ja seiner Offerte eine Zeitbestimmung zufügen.

der von den Verträgen überhaupt geltenden Regel bedarf es zum Abschluß eines Vertrages der Annahme des Antrags und der Erklärung des Annehmenden gegenüber dem Anbietenden, daß er den Antrag annehme. Von dem letzteren Erforderniß kann in allen denjenigen Fällen abgesehen werden, in welchen aus dem Antrage selbst erhellt, daß der Antragende keine Antwort, sondern nur Annahme erwartet. (Entw. § 86). Ein solcher Fall ist unzweifelhaft der der Schenkung. Der Schenker hofft regelmäßig zuverlässig auf Annahme des Geschenks, und erwartet daher behufs Abschlusses der Schenkung keine Geschäftsantwort, er erwartet höchstens ein dankendes Wort. Bei Schenkungen noch weiter zu gehen, von einer besonderen Annahme der Schenkung abzusehen und diese zu präsumiren, dafür liegt nicht nur nicht das geringste Bedürfniß vor, sondern es beschränkt ganz unnöthigerweise die Freiheit und das Interesse der Schenkungsbedachten. Zwar werden im Leben die meisten Schenkungen angenommen, allein diese statistische Erfahrung rechtfertigt eine Präsumtion noch lange nicht. Sodann ist der Beweis der Annahme der Schenkung fast in keinem denkbaren Falle mit Schwierigkeiten verbunden[1]) wozu also eine Präsumtion? Warum will man den Schenkungsbedachten der Möglichkeit der Ueberlegung und der hierzu erforderlichen Zeit berauben? Warum endlich will man einen Bedachten verpflichten, einem aufdringlichen Schenker, von dem er absolut nichts wissen will, das Geschenk zurückzusenden oder einen Briefwechsel zu führen und das Zugeschickte zur Verfügung zu stellen? Das Motiv der Motive: „Die Aufstellung der Vermuthung empfiehlt sich zugleich in Rücksicht auf die pflichtwidrige Annahme von Geschenken Seitens eines Beamten", muß mit aller Entschiedenheit zurückgewiesen werden. Das Civilrecht ist nicht dazu da, von vornherein dem Beamtenthum einen strafrechtlichen Strick um den Hals zu werfen. Der unbefangene Strafrichter würde sich freilich an diese Präsumtion des bürgerlichen Rechts nicht halten, er würde die pflichtwidrige Annahme des Geschenks und deren Beweis fordern; es giebt aber auch Richter, die sich durch eine solche Präsumtion beeinflussen lassen und von dem angeschuldigten Beamten den Beweis der Nichtannahme oder gar der Ablehnung des Geschenks

[1]) Die Verausgabung des geschenkten Geldes, dessen Vermischung mit eigenem Gelde, die Ingebrauchnahme des Geschenks, sein Aufbewahren, sein Aufstellen am geeigneten Platze, Aeußerungen bei Dritten u. s. w. sind für den Empfänger leicht erweisliche Dinge.

fordern; daß ein solcher Gegenbeweis meistentheils gar nicht zu erbringen ist, kann nur Derjenige leugnen, der gar keine praktische Erfahrung hat. Man kann den Beamten disciplinarisch verpflichten, von jedem zu seiner Kenntniß gekommenen Geschenke seiner vorgesetzten Behörde Anzeige zu erstatten, aber man kann ihm kein strafrechtliches Präjudiz stellen.

Nach dieser Kritik und meinen einleitenden Bemerkungen würde ich die Streichung der §§ 437, 438 und 439 und deren Ersatz durch folgende Bestimmungen beantragen:

§ 437.

Schenkung ist ein Gefälligkeitsvertrag, wodurch Jemand (der Schenker), ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein, unentgeltlich und mit Benachtheiligung seines Vermögens einem Anderen (dem Beschenkten) ein wirthschaftliches Gut zuwendet [1]).

§ 438.

Wird ein Schenkungsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist gemacht, so ist der Antragende so lange an ihn gebunden, bis der Bedachte die Schenkung dem Antragenden gegenüber ablehnt. Doch kann der Antragende nachträglich dem Bedachten eine angemessene Frist zur Erklärung vorbestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe die Schenkung als abgelehnt gilt. Im Falle der Ablehnung kann der Antragende vom Bedachten die Rückgabe des Geleisteten nach Maßgabe der §§ 742 bis 744 fordern.

2. Maß der Schenkung.

§ 8.

Im Gemeinen Rechte herrscht unbegrenzte Schenkfreiheit; der Schenker kann sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen, er kann alle seine Vermögensgegenstände, gegenwärtige und künftige, einzeln verschenken, und vermag auf diese Weise sich und die Seinen

[1]) Denselben Sinn würde der Satz haben: Schenkung ist ein Gefälligkeitsvertrag über eine ungeschuldete, unentgeltliche und mit Vermögensopfern verbundene Zuwendung eines wirthschaftlichen Guts Seitens des einen Vertragschließenden an den andern.

brodlos zu machen und der öffentlichen Unterstützung zu überliefern.[1]) Der Entwurf (§ 350) schränkt diese Freiheit ein klein wenig ein; er erklärt jeden Vertrag, folglich auch die Schenkung, wodurch Jemand sein ganzes künftiges Vermögen oder einen Bruchtheil desselben einem Anderen zu übertragen oder den Nießbrauch daran zu bestellen sich verpflichtet, für nichtig, und rechtfertigt diese Abweichung vom bestehenden Rechte damit, daß es gegen die öffentliche Ordnung verstoße, daß Jemand gewissermaßen sich seiner Erwerbsfähigkeit begebe und damit zugleich allen Antrieb zum Erwerbe verliere. Diese Frage eingehend zu prüfen, ist hier nicht der Ort, vielmehr wird dies zunächst den Begutachtern des § 350 Entw. zu überlassen sein. Doch will ich meine Bedenken nicht unterdrücken. Veräußerungen des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens gegen Bestellung einer den Lebensunterhalt deckenden Rente oder sonstigen Versorgung kommen im Leben öfter vor. Alte Leute, die wegen der natürlichen Folge des Alters ihre Wirthschaft nicht mehr selbst besorgen können oder der Ruhe bedürftig sind, übergeben ihr gesammtes Vermögen einem Kinde, sie helfen aber, um nicht als bloße Last empfunden zu werden, in der Wirthschaft nach Kräften noch mit, sie erwerben Einiges durch Taglöhnerdienste, kaufen auch hie und da ein Stück Kleinvieh, ziehen es groß, verkaufen es dann u. dgl. und thun dies Alles, um den Nutzen ihres, das Gut inhabenden Kindes zu fördern, während sie selbst weitergehende, als die durch die vertragsmäßige Versorgung gedeckten Bedürfnisse nicht haben. Ich wüßte nicht, wie eine solche Rechtsstellung der alten Leute gegen die öffentliche Ordnung verstoßen und daß der Verlust alles Antriebs zum eigenen Erwerb etwas Menschenunwürdiges oder social Gefährliches sein soll. Das bäuerliche Volk wenigstens erblickt in dieser Stellung nichts Ungesundes, im Gegentheil, wir sehen häufig genug, wie sich die Landleute nach dem Zeitpunkte sehnen, zu welchem sie nach einem Leben harter Arbeit und Sorge ihr Gut gegen mehr oder weniger

---

[1]) Die Rechtsanschauungen des deutschen Volks verwarfen energisch diese unbegrenzte Schenkfreiheit. So z. B. Mainzer Landrecht (1755) Tit XXX § 3. „Die Schenckungen eines sambtlichen Vermögens und aller Haabschafft und Güter seynd nicht gültig.“ Solmser Landrecht (1571) Tit XIII § IV. „Es soll auch keiner Unsrer Unterthanen Macht haben, auf einmal alle seine Haab und Nahrung, an liegenden und fahrenden, gegenwärtigen und künfftigen, zu verschenken und zu vergifften, es seye denn, daß er ihnen davon so viel hätte zuvor behalten, daß er in demselben noch ehrlich testiren möchte.“

auskömmliche lebenslängliche Versorgung ihren Kindern übergeben, und in wirthschaftlich untergeordneter Stellung zur Mehrung des Vermögens dieser beitragen können. Menschenunwürdig und wirthschaftlich gefährlich wird die Veräußerung des zukünftigen Vermögens nur dann, wenn dabei nicht ausreichende Vorsorge für die künftige Existenz des Veräußernden getroffen ist (S. oben § 2). Dasselbe ist der Fall mit der Schenkung des ganzen gegenwärtigen Vermögens, insofern dadurch der Schenker sich und die Seinen, zu deren Unterhalt er verpflichtet ist, der Noth des Lebens preis giebt. Behält er sich einen auskömmlichen Lebensunterhalt vor, so ist für die Gesetzgebung kein Anlaß gegeben, die Schenkfreiheit weiterhin zu beschränken, wie etwa auf eine bestimmte Summe oder auf eine geringere Quote des gesammten Vermögens, denn es ist schon ein für die Mehrzahl der Menschen beneidenswerther Zustand, so viel Vermögen zu haben und zu besitzen, daß damit die standesgemäßen Bedürfnisse des Lebens gedeckt werden.

Die mit Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts vorgenommene Schenkung des ganzen gegenwärtigen Vermögens muß vom Gesetzgeber für nichtig (ungültig), und kann nicht blos für anfechtbar erklärt werden, denn es sind öffentliche Interessen, die durch eine solche Schenkung verletzt sind, öffentliche Interessen, die der Inhaber eines Vermögens zwar thatsächlich ignoriren, aber durch Rechtsakte nicht beseitigen kann. Wollte der Gesetzgeber jene übermäßige Schenkung nur für anfechtbar erklären, so würde nach § 113 Abs. 3 Entw. durch die Genehmigung des anfechtungsberechtigten Schenkers die unmäßige Schenkung unanfechtbar werden, was dem schutzbedürftigen öffentlichen Interesse widerstreiten würde.

Das mit Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts geschlossene Schenkgeschäft braucht nicht seinem ganzen Bestande nach für ungültig erklärt zu werden, es genügt die Erklärung seiner Ungültigkeit in soweit, als es die öffentlichen Interessen verletzt, d. h. den standesgemäßen Lebensunterhalt des Schenkers und seiner Angehörigen beeinträchtigt.

Macht man sich vorstehende Grundsätze an Fällen klar, wie sie im Leben leicht vorkommen können, so wird man ihre Resultate in Uebereinstimmung mit unseren Rechtsanschauungen finden. Gesetzt, der Besitzer eines Landgutes lebt in Folge von Zwistigkeiten thatsächlich getrennt von seiner Frau und seinen minderjährigen Kindern; er hat sie bisher standesgemäß unterhalten. Er wird arbeitsunfähig,

nimmt eine Haushälterin an, wendet dieser seine ganze Zuneigung zu und schenkt ihr schließlich vermittelst gerichtlichen Vertrages sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen, oder ersteres allein. Nachdem der Rausch verflogen und sein Gewissen erwacht ist, erklärt er die Schenkung für ungültig. Wie gestaltet sich die Auseinandersetzung? Da er arbeitsunfähig ist, kann er auf einen künftigen Vermögenserwerb nicht rechnen. Das verschenkte gegenwärtige Vermögen bestand aus dem Landgut mit Vieh, Schiff und Geschirr im Werthe von 100 000 Mark. Seine Kapitalien und sonstige Mobilien hatten einen Werth von 20 000 Mark, sein Vermögen hatte sonach im Ganzen einen Werth von 120 000 Mark. Sachverständige berechnen den standesgemäßen Lebensunterhalt für ihn, seine Frau und seine Kinder auf 5000 Mark jährlich, berechnen seine und seiner Frau muthmaßliche Lebenszeit und die Dauer der Unterhaltungspflicht gegenüber den Kindern und bestimmen den heutigen Werth aller erforderlichen Geldsummen auf 100 000 Mark. Die Schenkung ist hiernach bis zu diesem Betrage ungültig, bis zum Betrag von 20 000 Mark gültig. — Nimmt man die Arbeitsfähigkeit des Schenkers an und schätzt seinen jährlichen Verdienst auf 2000 Mark, so wird sich (vorbehaltlich einer genaueren Berechnung durch Sachverständige) der heutige Werth aller für den Unterhalt weiter erforderlichen Geldsummen auf etwa 60 000 Mark stellen, bis zu diesem Betrag ist dann die Schenkung ungültig, und bis zum Betrag der anderen Hälfte ist sie gültig. — Steht der Schenker ganz allein, hat er für Niemandes Unterhalt zu sorgen und hat er neben seinem Landgut, wie etwa als Beamter, noch einen auskömmlichen Gehalt, so wird die ganze Schenkung gültig sein müssen. — Diese Resultate werden unseren Rechtsanschauungen nicht widerstreiten, insbesondere werden wir uns der Interessen des Schenkers nicht in höherem Grade annehmen dürfen. Denn zunächst ist die Schenkung doch immerhin ein durch den freien Willen der Kontrahenten zu Stande gekommenes Rechtsgeschäft, welches Beachtung und Schutz verdient, gegen Ausbeutung des Schenkers wird durch die Nothwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Form der Schenkung einigermaßen gesorgt, und dann pflegen doch auch in der Person des Beschenkten Interessen zu konkurriren, welche in vielen Fällen des Schutzes bedürftig und werth sind. Ist beispielsweise die Haushälterin der Verführung des Schenkers unterlegen, so wird das offenkundige Konkubinat ihr Fortkommen erschweren und für ihren künftigen

Unterhalt von Nachtheil sein, so daß eine Ausgleichung durch Geld unserem Rechtsgefühle entspricht.

Für den Schutz jenes öffentlichen Interesses ist es nun gleichgültig, ob Jemand sein Vermögen als Ganzes oder alle seine Vermögensgegenstände einzeln verschenkt, oder ob er einen Bruchtheil seines Vermögens als Ganzes oder einen erheblichen Theil desselben durch Veräußerung einzelner Sachen verschenkt. Wer sein Landgut verschenkt, seine Hausmobilien, Werthpapiere und dergl. aber zurückbehält und sich und die Seinen dadurch in eine Nothlage versetzt, indem der zurückbehaltene Rest seines Vermögens, verbunden mit seiner Arbeits- und Erwerbskraft nicht ausreicht, um seinen und seiner Angehörigen Lebensunterhalt standesgemäß bestreiten zu können, verletzt das öffentliche Interesse ebenfalls, und ist es daher für den Gesetzgeber geboten, eine solche Schenkung der Schenkung des ganzen Vermögens prinzipiell gleich zu stellen.

Eine sehr wichtige Frage ist die, welchen Einfluß die Nichtkenntniß des Beschenkten von der durch die Schenkung erfolgenden Beeinträchtigung des Lebensunterhalts des Schenkers und seiner Angehörigen auf den Umfang der Restitutionspflicht des Beschenkten haben soll. Diese Nichtkenntniß kann verschiedene Umstände zum Gegenstande haben. Der mit dem ganzen gegenwärtigen Vermögen Beschenkte hält irrthümlicher Weise den Schenker für hinlänglich arbeits- und erwerbskräftig, um sich und den Seinen für die Zukunft einen standesgemäßen Lebensunterhalt verschaffen zu können, oder er weiß nichts von dem Dasein unterhaltsbedürftiger oder unterhaltsberechtigter Verwandten, oder er täuscht sich über die Größe der zum standesgemäßen Lebensunterhalt erforderlichen Mittel; der mit einzelnen Vermögensgegenständen Beschenkte kennt das Größenverhältniß zwischen diesen und dem nicht verschenkten Vermögen nicht, er weiß insbesondere nichts von den, dessen Werth verringernden Schulden, und glaubt den standesgemäßen Lebensunterhalt des Schenkers nicht gefährdet. In solchen Fällen stehen sich die berechtigten Interessen des Schenkers und die des Beschenkten schroff gegenüber. Ist freilich das geschenkte Vermögen beim Beschenkten noch vorhanden, so haben die Interessen des Schenkers den Vorzug, und der Beschenkte wird dasselbe, insoweit des Schenkers Lebensunterhalt gefährdet ist, zurückgeben müssen. Ist es aber weder in Natur, noch in seinen Surrogaten mehr vorhanden, und müßte der Beschenkte, um den geschenkten Werth zurückzugeben, sein eigenes Vermögen angreifen

und opfern, so würde ihm die Schenkung nicht bloß nicht von Vortheil, sondern in Folge eines positiven Vermögensverlustes geradezu von Nachtheil gewesen sein. Dies widerspricht dem wahren Wesen der Schenkung, und man muß sich daher zu dem Grundsatze bekennen, daß der Beschenkte im Falle seiner Nichtkenntniß von der durch die Schenkung bewirkten Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts des Schenkers und seiner Angehörigen nicht zur Herausgabe des ganzen geschenkten Werthes, sondern nur zur Rückgabe Desjenigen verpflichtet ist, was er von dem Geschenke dermalen noch hat oder um was er dermalen noch bereichert ist. Dieser Grundsatz unterliegt jedoch zweierlei Einschränkungen. Zunächst kann die bloße Nichtkenntniß nicht genügen, sie muß vielmehr eine entschuldbare sein; denn wer sich in Geschäfte begiebt, die sein und das Vermögen eines Anderen verändern sollen, darf nicht blindlings hinein tappen und bloß das Gebotene begehren, sondern muß auch ein Bischen überlegen, an die Folgen denken und die Sachlage überhaupt sich klar zu machen versuchen; entschuldbar ist sie aber nicht bloß dann, wenn der Beschenkte bei der Prüfung der Lebensunterhaltsverhältnisse des Schenkers einer Fahrlässigkeit überhaupt sich nicht schuldig gemacht hat, sondern auch dann, wenn hierbei nur eine leichte Fahrlässigkeit (levis culpa, im Gegensatz zur groben Fahrlässigkeit, lata culpa) seinerseits unterlaufen ist. Denn es entspricht einestheils einer sehr verzeihlichen menschlichen Schwäche, wenn der Beschenkte in seiner Freude über die Gesinnung des Schenkers und den Werth des Geschenkes selbst in der mitunter kurzen Zeit des Schenkungsaktes an die entfernter liegenden Rückwirkungen der Schenkung auf die Vermögensverhältnisse des Schenkers nicht denkt, anderntheils findet er sich instinktiv durch die bessere Kenntniß des Schenkers von solchen Rückwirkungen eines weiteren Nachdenkens überhoben, und schließlich kann er auch nicht stets, wie etwa ein sorgfältiger und vorsichtiger Hausvater bei Eingehung sonstiger Geschäfte thun würde, bei Verwandten, Dritten oder gar Behörden Erkundigungen einziehen, ohne den Schenker aufs Tiefste zu kränken und schon gleich an der Schwelle der Schenkung eines Undanks sich schuldig zu machen. Liegen aber derartige nachtheilige Rückwirkungen für ihn klar zu Tage oder war er schon vor dem Schenkungsakt in glaubwürdiger Weise auf solche aufmerksam gemacht und hat er dennoch die erforderlichen Erkundigungen unterlassen, dann ist seine Nichtkenntniß unentschuldbar. Wir haben es also hier mit einer Ausnahme von der Regel des Entwurfs (§ 146),

wonach unter entschuldbarem Irrthum ein nicht auf Fahrlässigkeit beruhender Irrthum, unter Kennenmüssen oder Wissenmüssen ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Nichtkennen oder Nichtwissen zu verstehen sei, zu thun, mit einer Ausnahme, welche den Ausnahmen in §§ 877. 878. 881. 889. 945. 1152. 1195. 1258 und 1270 Entw. mindestens als gleichberechtigt zur Seite gestellt werden kann. Wer also im Bewußtsein oder in unentschuldbarer Unkenntniß von der durch die Schenkung bewirkten Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts des Schenkers und dessen Angehöriger die Schenkung dennoch annimmt, hat selbst im Falle späteren Verlustes des Geschenks jenen Lebensunterhalt bis zum Belauf des ganzen Werths der Schenkung zu prästiren. Wer dagegen in gutem Glauben oder in entschuldbarer Unkenntniß das Geschenk angenommen hat, haftet nur bis zum Belauf der Bereicherung.

Die zweite Einschränkung, welcher der obige Grundsatz unterliegt, betrifft den Zeitpunkt, nach welchem die zu restituirende Bereicherung zu berechnen ist. Nach der Regel des Entwurfs [1]) ist die Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit des Anspruchs entscheidend. Erlangt jedoch der Beschenkte erst nach der Schenkung, aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit Kenntniß von der Benachtheiligung des Lebensunterhalts des Schenkers oder seiner Angehörigen, so ist die Zeit dieser Kenntnißnahme maßgebend.

Wir haben uns bisher mit der, eine Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts des Schenkers oder seiner Angehörigen unmittelbar und sofort enthaltenden Schenkung beschäftigt. Damit ist aber unsre Untersuchung über die Wirkungen einer Schenkung auf jenen Lebensunterhalt noch nicht geschlossen. Denn es können auch nach Abschluß einer in dieser Hinsicht ganz anstandslosen Schenkung ungeahnte Umstände eintreten, welche jenen Lebensunterhalt in hohem Maße gefährden, die ihn aber nicht gefährdet haben würden, wenn die frühere Schenkung nicht stattgefunden hätte. In solchen Fällen fragt es sich, ob die Noth des Schenkers durch irgend eine Vermögensbeisteuer des Beschenkten gemildert werden soll. Dagegen spricht das Interesse des Beschenkten und die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Wenn einmal, so kann man einwenden, eine tadellose Schenkung stattgefunden hat, so darf sich zwar der Beschenkte eines groben Un-

---

[1]) Zweites Buch, erster Titel: Bereicherung. V. Sonstiges grundloses Haben. § 748.

danks gegen den Schenker nicht schuldig machen, ihn aber zu einem besonderen Danke zu verpflichten, geht zu weit. Denn das Geschenk ist definitiv in sein Vermögen übergegangen, er hat alle seine Lebensverhältnisse, seine geschäftlichen Beziehungen, seine und seiner Familie Ansprüche ans Leben und seine sozialen Verbindungen auf seinen durch jene Schenkung vervollständigten Vermögensstand eingerichtet, und es wäre eine ungerechtfertigte Härte, wollte man ihn nöthigen, der ungeahnten, nach langen Jahren eingetretenen Nothlage des Schenkers gegenüber ein Mitleid zu bethätigen, welches sein eigenes Vermögen in Verwirrung zu bringen im Stande wäre. Das Gewicht dieser Bedenken ist nicht zu leugnen. Gleichwohl hat schon eine in Deutschland fast gemeinrechtlich gewordene Praxis, der sich Kodifikationen und Gesetzesentwürfe angeschlossen haben, auf Grund römischrechtlicher vom Patronatsverhältniß redender Quellen dem Schenker einen Widerruf der Schenkung eingeräumt, wenn ihm nachträglich Kinder geboren und dadurch erhebliche Unterhaltspflichten geschaffen werden. Das heutige Rechtsgefühl unsres Volkes geht aber viel weiter und macht sich sehr energisch geltend. Wenn der Schenker eines erheblichen Vermögenstheils hinterher durch widrige Schicksale und Verluste in Vermögensrückgang gerathen ist, wenn er krank und arbeitsunfähig wird, wenn ihm neue Unterhaltsverpflichtungen entstehen, und er hierdurch dem gänzlichen Ruin und der öffentlichen Unterstützung preisgegeben wird, so wird der rechtschaffene Beschenkte, eingedenk der ihm erwiesenen Wohlthaten, schon von selbst nach Kräften unterstützend eintreten. Wer es nicht thun wollte, würde der allgemeinen Verachtung anheimfallen. Unser Volk betrachtet eine solche Unterstützung prinzipiell als eine moralische und soziale Pflicht des Beschenkten, der er sich um so weniger entziehen darf, als die Schenkung selbst als ein vorzugsweise moralisches Rechtsinstitut angesehen wird. Es handelt sich nur darum, die beiderseitigen Interessen ohne Härte zu vermitteln, den Schenker zu unterstützen, ohne dem Beschenkten wehe zu thun. Eine nachträgliche Anfechtung der Schenkung oder ein Widerruf derselben ist weder geboten, noch statthaft, allein eine Unterstützung nach Kräften im Rahmen desjenigen geschenkten Vermögens, welches der Beschenkte jetzt noch hat, scheint gerecht und billig zu sein. Wegen der großen Verschiedenheit der möglichen Fälle und wegen mangelnder Erfahrung über die Tragweite der einzelnen Konsequenzen wird man das Maß der Unterstützungspflicht in jedem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen

überlassen müssen. Nur eine Schranke muß gezogen werden. Der Beschenkte darf nicht angehalten werden, das ganze Geschenk wieder zu opfern, einen Theil desselben muß man ihm definitiv belassen, welchen? darüber kann man verschiedener Ansicht sein. Nach dem Vorgange des Römischen Rechts hinsichtlich der falcidischen Quart möchte ich ein Viertheil des noch vorhandenen Vermögens vorschlagen.

Wie ist es, wenn der Schenker jene, seinen Lebensunterhalt beeinträchtigenden Umstände selbst verschuldet hat? Hat er sie in der gegen den Beschenkten gerichteten bösen Absicht, von diesem die Unterstützung zu erhalten, selbst herbeigeführt, hat er sich z. B. in dieser Absicht selbst verstümmelt und dadurch arbeitsunfähig gemacht, so muß ihm die Unterstützung abgesprochen werden. Dasselbe ist der Fall, wenn er seine Nothlage durch grobe Fahrlässigkeit verschuldet hat, wenn er z. B. dem Hange zum Leichtsinn nachgebend, den Rest seines Vermögens nach und nach verschwendet, oder um in den Besitz der Versicherungssumme zu gelangen, betrügerischer Weise sein Haus und bewegliches Vermögen durch Feuer zerstört. In diesen Fällen muß er sich bei einigem Nachdenken sagen, und muß es wissen, daß seine leichtsinnigen oder verbrecherischen Handlungen zum Ruine seines Vermögens führen werden. Hat er aber bei der Vornahme von Handlungen, welche schließlich zur Nothlage führten, an diese Wirkung nicht gedacht, und hatte er keine Zeit zu ruhiger Ueberlegung, hat er sich hierbei nur einer einfachen und nicht einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht, so wird man ihm die Unterstützung selbst dann nicht versagen können, wenn er die Handlungen selbst absichtlich oder strafrechtlich fahrlässig vorgenommen hat. Wer also vorsätzlich, aber nicht mit Ueberlegung oder durch Fahrlässigkeit einen Menschen tödtet oder an seinem Körper verletzt, wird zwar bestraft, allein er hat, falls durch Schadensersatz, Gerichtskosten und länger dauernde Verdienstlosigkeit sein Vermögen aufgebraucht wird, jenen Anspruch auf Unterstützung Seitens des Beschenkten.

Auf Grund dieser Erörterungen über das Maß der Schenkung schlage ich folgende Bestimmungen vor:

§ 439.

Die Schenkung des ganzen gegenwärtigen oder zukünftigen Vermögens oder einzelner Vermögensgegenstände ist in soweit, als dadurch der standes-

gemäße Lebensunterhalt des Schenkers und die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinem Ehegatten (§§ 1280. 1281. 1454. 1460) und seinen Verwandten (§§ 1480—1496. 1571—1578) beeinträchtigt wird, ungültig.

In soweit der Beschenkte zur Herausgabe des Geschenkten außer Stande ist, hat er dessen Werth zu ersetzen. Befand er sich in einer, nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß von der im ersten Absatze erwähnten Beeinträchtigung, so haftet er nur bis zum Belauf seiner Bereicherung zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit des Anspruchs, und falls er von jener Beeinträchtigung in der Zeit zwischen Schenkung und Rechtshängigkeit Kenntniß erhielt, bis zum Belauf seiner Bereicherung zur Zeit dieser Kenntnißnahme.

§ 439a.

Treten erst nach Abschluß der Schenkung Umstände ein, welche eine Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts des Schenkers oder der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinem Ehegatten oder seinen Verwandten bewirken, so kann der Schenker während der Dauer seiner Nothlage vom Beschenkten einen durch richterliches Ermessen zu bestimmenden Unterhaltsbeitrag verlangen. Für das richterliche Ermessen sind namentlich maßgebend die Größe und muthmaßliche Dauer des Nothstandes des Schenkers, die Höhe des geschenkten und noch vorhandenen Werthes und die mit der Unterstützung für die wirthschaftliche Existenz des Beschenkten verbundenen Folgen.

Der gesammte Beitrag des Beschenkten kann drei Viertheile des noch vorhandenen Werths der Schenkung nicht übersteigen.

Hat der Schenker seine Nothlage absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verursacht, so ist der Beschenkte nicht beitragspflichtig.

3. Form der Schenkung.

§ 9.

In fast allen Rechten aller Zeiten wird für die Gültigkeit gewisser Schenkungen eine, den Schenker gegen Uebereilung schützende Form gefordert. Sie ist meistens gerichtliche Protokollirung der Schenkung, aber auch notarielle Errichtung des Schenkvertrags, gerichtliche Beurkundung und außergerichtliche schriftliche Vertragsabfassung. Meistens wird sie nur für Schenkungen von erheblicherem Betrage angeordnet, wie für Schenkungen im Werthe von mehr als 500 Solidi (= 4666²/₃ Mark), 1000 Thaler, 1000 Gulden, 200 Gulden, 150 Gulden, 100 Gulden, dann aber auch für Schenkungen von Immobilien ohne Rücksicht auf deren Werth, und für Schenkungsverträge im Gegensatz zu sofort vollzogenen Schenkungen. Dabei werden aber überall noch zahlreiche Ausnahmen, Einschränkungen und Erweiterungen zugelassen,[1]) so daß wir uns vor einer äußerst sinnverwirrenden Musterkarte von Rechtsanschauungen befinden. Man gewinnt indessen hieraus die Ueberzeugung, daß nach einer weit verbreiteten und festgewurzelten Rechtsanschauung für gewisse Schenkungen wenigstens eine schützende Form nothwendig ist, und daß unsere Vorfahren gestrebt und gerungen haben, diese schwierige Frage in einer den Bedürfnissen ihrer Zeit entsprechenden Weise zu lösen.

Der Entwurf bestimmt, wesentlich im Anschluß an das Preußische Allgemeine Landrecht:

§ 440.

„Der Vertrag, durch welchen Jemand sich verpflichtet, einem Anderen etwas schenkungsweise zu leisten, ist nur dann gültig, wenn das Versprechen in gerichtlicher oder notarieller Form erklärt ist.

Dies gilt auch im Falle der Ertheilung eines die Angabe des Verpflichtungsgrundes nicht enthaltenden Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses."

§ 441.

„Die durch Veräußerung vollzogene Schenkung ist auch ohne Beobachtung einer besonderen Form gültig."[2])

---

[1]) Näheres zum Theil in den Motiven. §§ 440. 441.

[2]) Wären diese Vorschläge sachlich annehmbar, so dürfte doch die nicht leicht verständliche Vorschrift des Abs. 2 des § 440 klarer und mehr in Verbindung mit dem Inhalt des Abs. 1 zu formuliren sein. Im Uebrigen ist Abs. 1 und § 441

Dieses ausnahmsweise Formbedürfniß des Schenkungsversprechens wird von den Motiven in mehrfacher Weise zu rechtfertigen versucht. Zunächst soll die Form der gerichtlichen oder notariellen Erklärung „zur Verhütung übereilter Schenkungsversprechen" dienen. Diesen Grund werde ich nachher eingehend prüfen. Sodann soll sie zur „Beseitigung der in manchen Fällen nicht ausgeschlossenen Zweifel, ob ein wirkliches Schenkungsversprechen oder nur die Ankündigung der Absicht, künftig schenken zu wollen vorliegt", dienen. Dieser Grund ist durchaus nicht stichhaltig genug, um das vom heutigen Geschäftsverkehr geforderte Prinzip der Formfreiheit zu durchbrechen. Zweifel über einen wirklich erklärten oder nur in Aussicht gestellten Schenkungswillen werden wohl zuweilen vorkommen, allein Zweifel über Existenz und Umfang von Willenserklärungen kommen auch bei zahlreichen andern Geschäften vor, und will man jene verhüten, so muß man auch diese verhüten, und dann die Formnothwendigkeit zum Prinzip erheben. Und wenn solche Zweifel nur „in manchen Fällen" nicht ausgeschlossen sind, so kann man denn doch diesen seltenen Ausnahmen zu Liebe nicht die Gesammtzahl aller Schenkungsversprechen mit den Unannehmlichkeiten und Kosten einer gerichtlichen oder notariellen Mitwirkung belasten, und diejenigen Leute, die sich klar auszudrücken vermögen, für die Unklarheiten einiger weniger Sprachstümper nicht büßen lassen. Jedenfalls läge doch kein Grund zu einer gerichtlichen oder notariellen Mitwirkung vor, man müßte mit der Schriftform sich begnügen. Zum Theil derselbe Einwand muß gegen das Bedürfniß, „Streitigkeiten über die angeblichen Schenkungsversprechen eines Verstorbenen vorzubeugen", erhoben werden. Wenn schließlich jene Form verlangt wird, weil „damit die Umgehung der Vorschriften über die Form der letztwilligen Verfügungen und der Schenkungen auf den Todesfall thunlichst verhindert werde", so ist die Besorgniß des Entwurfs oder der Motive, das Publikum werde demnächst seine letztwilligen Verfügungen (Erbein-

---

durchaus verständlich und klar, allein, wie mir scheint, etwas zu breit und zu hart. Dürfte es sich nicht empfehlen, zu sagen: „Das Schenkungsversprechen ist nur dann gültig, wenn es in gerichtlicher oder notarieller Form erklärt ist; die durch Veräußerung vollzogene Schenkung bedarf dieser Form nicht." Nach § 91 Entw. ist § 441 eigentlich überflüssig. Man wird ihn wohl nur deshalb aufgenommen haben, um das Schenkungs*versprechen* mehr hervorzuheben. Gegen diese Vorsicht ist nichts einzuwenden, allein es stand dann doch nur gerichtliche oder notarielle Form und nicht jede andere „besondere" Form in Frage.

setzungen und Vermächtnisse) nicht in die für diese einseitigen Verfügungen vorgeschriebene Form der gerichtlichen oder notariellen Mitwirkung einkleiden, sondern sich mit der Mündlichkeit oder einfachen Schriftlichkeit begnügen, gänzlich unbegründet. Denn Erbeinsetzungen und Vermächtnisse sind doch, wie jeder testamentsbedürftige Laie weiß, etwas von Schenkungen unter Lebenden Grundverschiedenes. Und was die Schenkung auf den Todesfall betrifft (d. h. die Schenkung unter der Bedingung, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe oder diesen nicht überlebe, § 1963), auf welche, wenn durch Vertrag nur ein Schenkungsversprechen ertheilt ist, die Vorschriften über den Erbeinsetzungsvertrag oder den Vermächtnißvertrag Anwendung finden sollen,[1] so wird der Gesetzgeber doch wahrlich nicht zu Gunsten der paar Leute, die aus Rechtsunkenntniß eine solche Schenkung auf den Todesfall ohne gerichtliche oder notarielle Form zu schließen geneigt sein möchten, um das Publikum an den Gebrauch dieser Form überhaupt zu gewöhnen, den gesammten großen Schenkverkehr unter Lebenden in die unbequemen, zeitraubenden und kostspieligen Fesseln der gerichtlichen oder notariellen Form schlagen. Und wenn er es thäte, so würde er eine Verwirrung erst recht herbeiführen, denn zur Gültigkeit des Schenkvertrages unter Lebenden fordert der Entwurf nur für das Schenkungs*versprechen* des Schenkers, zur Gültigkeit der erwähnten Schenkung auf den Todesfall aber nicht blos für dieses, sondern für den ganzen Vertrag, insbesondere also auch für die Erklärung der Annahme des Versprechens Seitens des Beschenkten gerichtliche oder notarielle Form.

Es bleibt daher nur zu untersuchen übrig, ob die Einführung der gerichtlichen oder notariellen Form für Schenkungsversprechen deshalb rathsam ist, weil damit übereilte Schenkungsversprechen verhütet werden können. Der Entwurf stellt in dieser Hinsicht die Schenkung mit Schenkungsversprechen in Gegensatz zu der durch Veräußerung vollzogenen Schenkung, für welch' letztere er gerichtliche oder notarielle Form nicht fordert, weil er bei ihr eine Uebereilung des Schenkers nicht besorgt. Etwas Wahres hat diese Unterscheidung. Es ist eine hinlänglich bekannte Erfahrung des Verkehrslebens, daß es leichter ist, ein Versprechen zu geben, als es zu

---

[1] § 1943. „Ein Erbeinsetzungsvertrag kann nur vor Gericht oder Notar geschlossen werden.“ — § 1962. „Auf die Errichtung eines Vermächtnißvertrags finden die Vorschriften über den Erbeinsetzungsvertrag entsprechende Anwendung“.

halten, und daß der Leichtsinn, die Uebereilung, die Ueberschätzung der eigenen wirthschaftlichen Kraft und die Selbsttäuschung über die Nützlichkeit einer beabsichtigten Vermögensveränderung nirgends mehr und stärker sich geltend macht, als bei Versprechungen, deren Erfüllung in weiter Ferne steht. Muß die Erfüllung Zug um Zug geschehen oder dem Versprechen auf dem Fuße folgen, da sind die Menschen fast ausnahmslos vorsichtiger, sie trennen sich nur ungern von dem, was sie haben und hingeben müssen, sie haben den Verlust vor Augen, empfinden und fühlen ihn in seiner ganzen Bedeutung, und das macht sie überlegend, nachdenklich, prüfend. Gefährlich ist das Wort, rettend die That. Nicht jede Veräußerung, nicht die durch Worte sich vollziehende, sondern nur die sichtbare, körperliche Veräußerung, die durch sichtbare Ausscheidung eines körperlichen Gegenstandes aus dem eigenen Vermögen sich vollziehende Veräußerung ist geeignet, den Leichtsinn und die Uebereilung im Zaume zu halten. Wenn daher die Motive in der Erklärung des § 441: „Die durch Veräußerung vollzogene Schenkung ist auch ohne Beobachtung einer besonderen Form gültig" — für die Schenkung einer Forderung oder eines anderen cessiblen Rechts durch mündliche Abtretung, für die Schenkung mittelst Erlasses durch mündlichen Abschluß des dinglichen Erlaßvertrags und für ähnliche Schenkungen jene Form nicht fordern, so handeln sie zwar in Konsequenz des angenommenen Grundsatzes, allein sie werden uns nicht überzeugen können, daß diese Arten der mündlichen Veräußerung auch nur um ein Geringes eine Garantie für die Abwesenheit von Uebereilung des Schenkers darbieten. Worin soll, was die Frage der Uebereilung betrifft, ein Unterschied bestehen zwischen dem Falle, da Jemand einem hülfsbedürftigen Freunde eine Unterstützung von 10 000 Mark in baar zu gewähren verspricht, und dem Falle, da er ihm mündlich eine Forderung an eine Sparkasse in gleichem Betrage abtritt. Man wird im Gegentheile sagen müssen, in letzterem Falle ist eine Uebereilung viel leichter platzgreifend, als in ersterem, weil der Schenker hier über ein im fremden Besitze befindliches Geld ohne jegliche Mühe disponiren kann, während er dort noch allerlei Erwägungen eintreten lassen muß, wie er die zuzusagenden 10 000 Mark beschaffen könne, ob durch Verkauf von Werthpapieren oder durch Darlehusaufnahme bei einem Bankgeschäft mit Pfandbestellung oder Bürgschaft, und solche mühsame und unangenehme Erwägungen sehr wohl geeignet sind, vor Uebereilungen zu schützen. Auch der Erlaß einer Forderung

geht viel leichter, als die Begründung einer Schuld. Wenn ein Gläubiger, der schon seit Jahren weder Zinsen noch Hauptgeld erhalten hat, seinem mit den Sorgen des Lebens kämpfenden Schuldner aus Mitleid die Schuld erläßt, so fällt ihm dies bei Weitem nicht so schwer, wie wenn er demselben, ihm nichts schuldenden Manne eine gleiche Summe zu schenken verspricht. Also auch im Falle des Erlasses spielt die Uebereilung eine größere Rolle, als in dem des Schenkungsversprechens, und der Gesetzgeber hätte daher, um die Schenker vor Uebereilungen zu schützen, im geraden Gegensatz zum Entwurfe, viel mehr Anlaß, für die Gültigkeit der Cessionen und der Erlaßverträge, als für die Gültigkeit der Schenkungsversprechen die richterliche oder notarielle Form zu fordern.

Jedenfalls aber hätte der Entwurf, wenn er die gerichtliche oder notarielle Form zum Schutze des Schenkers nur vor Uebereilungen einführen wollte, weit richtiger gehandelt, wenn er an den Gegensatz zwischen rein konsensueller (mündlicher oder schriftlicher) und körperlicher Vermögensveränderung angeknüpft und für die auf einfacher Willenserklärung beruhende Schenkung (Schenkungsversprechen, Cession, Erlaß u. s. w.) den Formzwang, für die durch reelle Uebertragung (Traditon) vermittelte Schenkung aber Formfreiheit gefordert hätte. Man kann darum auch seinen, von den Motiven allerdings ganz richtig gezogenen Consequenzen nicht beistimmen, wenn die nachträgliche Erfüllung des formlosen Schenkungsversprechens nur unter den Gesichtspunkt der Leistung einer Nichtschuld gestellt wird. Denn wenn zwischen dem Schenkungsversprechen und seiner Erfüllung Wochen und Monate liegen, so werden die Eindrücke, unter denen der Schenker in übereilter Weise das Versprechen gegeben hatte, wohl so ziemlich verblaßt sein, und er hatte Zeit genug, alle maßgebenden Verhältnisse reiflich zu überlegen, und volle Gelegenheit, von der Erfüllung eines unwirksamen Versprechens abzustehen.

Läßt man seine im Schenkungsverkehr gemachten Erfahrungen auf sich einwirken, so wird man zur Erkenntniß gelangen, daß es nicht die Uebereilungen der Schenker, sondern wesentlich andere Gründe sind, welche für gewisse Fälle die Anwendung gerichtlicher oder notarieller Form rechtfertigen oder fordern. Vor Allem kommen eigentliche Uebereilungen, hastig vorgenommene Schenkungen doch immerhin nur selten vor, und der Gesetzgeber würde gewiß sehr unklug handeln, wollte er diesen Ausnahmefällen zu Liebe den gesammten loyalen Schenkungsverkehr durch jene beschwerliche Form in Ver-

wirrung und Unsicherheit bringen. Dies trifft selbst bei bloßen Schenkungsversprechen zu. Circulirt in einer Stadt eine Liste zur Zeichnung freiwilliger, für einen milden Zweck bestimmter Beiträge, die erst nach Verlauf einer gewissen Zeit erhoben werden sollen, so würde nach dem Entwurfe — und die Motive bestätigen es — die Zeichnung von ein paar Mark oder Pfennig mangels gerichtlicher oder notarieller Form ungültig, die im Drange eines wohlthätigen Herzens oder aus Eitelkeit und Großmannssucht sofort vollzogene, die Kräfte des Zeichners weit übersteigende Schenkung von 1000 Mark aber gültig sein. Dies widerstreitet doch wahrlich unseren Rechtsanschauungen.

Die erste Voraussetzung für die Rechtfertigung jener den Verkehr erschwerenden Form ist eine wesentliche Ueberschreitung der Grenzen, die jeder sorgfältige Hausvater und Wirthschafter seiner Schenkthätigkeit ziehen muß. Das heutige Leben stellt an den Wohlthätigkeitssinn und die Opferwilligkeit unseres Volkes in allen seinen Schichten große Anforderungen, an einzelne Klassen häufigere und höhere, an andere seltenere und geringere, aber selbst arme Familien, die mit des Tages Noth zu kämpfen haben, bleiben, namentlich in Fällen allgemeinen und das tiefste Mitleid beanspruchenden menschlichen Elends, von solchen Anforderungen nicht unberührt. Die Anläße zu solchen Opfern sind zahlreich. Wer als Vorstand eines einfachen bürgerlichen Haushalts sein Ausgabenbuch durchgeht, wird vielleicht über die Summen erstaunen, die er im Laufe eines Jahres geschenkt hat. Da finden sich milde Beiträge für die Ueberschwemmten großer Landstriche, für Abgebrannte, für die Familien verunglückter Berg- oder Schiffsleute, für die gewöhnlichen Hausarmen, dann und wann für verschämte Armen, periodisch wiederkehrende Ausgaben für Armen-, Kranken-, Waisen-, Findel- und Irrenhäuser, und wie die zahlreichen Anstalten alle heißen, denen wir, unserem Herzen, der Sitte und den Pflichten unserer Lebensstellung folgend, Unterstützungen zukommen zu lassen pflegen. Dazu kommen dann noch die vielfachen Gelegenheitsgeschenke an unsere Angehörigen, Verwandte und Freunde (Geburtstags-, Weihnachts- und Hochzeitsgeschenke) und eine Reihe unvorhergesehener Geschenke, welche recht erhebliche Summen beanspruchen. Addirt man dann am Schlusse eines Jahres alle diese Ausgaben, so findet man, daß wir einen nicht unerheblichen Theil unseres Einkommens zu Geschenken geopfert haben. Haben wir zu oft und zu reichlich geschenkt, so leidet

der Hausstand oder das Geschäft Noth, und wir gelangen damit zu einem Erfolge, der für unser Vermögen gefährlich werden kann. Es ist darum die Pflicht eines sorgfältigen Hausvaters und Wirthschafters, seiner Schenkthätigkeit Grenzen zu ziehen, in den einzelnen Fällen Maß zu halten und nicht über seine Kräfte zu gehen. Wir handeln pflichtwidrig gegen uns selbst und unsere Familie, wenn wir große Schenkungen machen, d. h. solche, die wesentlich den Werthbetrag übersteigen, den wir als sorgfältige Hausväter und Wirthschafter ohne eigentliche Schädigung unseres Vermögens und innerhalb der durch Anforderung der Sitte, unserer Lebensstellung und des Zwecks der Gabe gezogenen Schranken schenken können. Was darüber ist, ist vom Uebel. Eine bestimmte Ziffer für alle Schenkungsfälle festzusetzen, wäre ganz verkehrt. Was sind einem Millionär 500 Solidi? Und eine Schenkung von einigen hundert Mark kann einen Familienvater, der nur über ein mäßiges Einkommen zu verfügen vermag, wenngleich sie sein Vermögen nicht ruinirt, doch auf Jahre hinaus schädigen. Der Begriff der großen Schenkung kann kein absoluter, er kann nur ein relativer sein. Im Streitfall entscheidet das freie richterliche Ermessen. Dies ist etwas unserem bisherigen Rechte nicht Fremdes, und auch der Entwurf giebt in zahlreichen, vor Gericht zu entscheidenden Schadensersatzfällen die Bestimmung der Existenz und Größe des Schadens, ja sogar die Verpflichtung zum Schadensersatze überhaupt dem Ermessen des Gerichtes anheim (§ 222)[1].

Diese durch große Schenkungen verursachte Vermögensschädigung kann jedoch für sich allein die Einführung jener beschwerlichen Form nicht rechtfertigen. Zu diesem objektiven Thatbestand muß noch ein subjektives Erforderniß hinzutreten. In der Person des Schenkers allein kann es nicht liegen. Das Gesetz kann nicht Jedem, der durch Verletzung seiner Pflicht gegen sich selbst und seine Familie sein Vermögen geschädigt hat, hülfreich zur Seite stehen, und öffentliche Interessen stehen bei einer bloßen Vermögensschädigung des Schenkers nicht in Frage. Jenes subjektive Moment kann nur im Verhalten des Beschenkten zu der ihm angebotenen großen Schenkung gefunden werden. Weiß er nichts davon, daß der Schenker die Grenzen seiner Schenkthätigkeit überschritten und sein Vermögen geschädigt hat, und beruhte auch seine desfallsige Unkenntniß nicht auf grober Fahrlässig-

[1]) Vergl. auch § 260 C. P. O.

keit, so trifft ihn kein sittlicher Vorwurf. Weiß er es aber oder hätte er es ohne grobe Fahrlässigkeit wissen müssen, dann kann man ihm mit Recht den Vorwurf machen, daß er den Wohlthätigkeitssinn, das gute Herz, den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit des Schenkers in eigennütziger Weise ausgebeutet habe, und es besteht gewiß zwischen ihm und Demjenigen kein wesentlicher Unterschied, der unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen für ein Darlehen sich Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falls die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältniß zu der Leistung stehen, oder dem, der sich diese wucherlichen Vermögensvortheile verschleiert versprechen läßt, Handlungen, welche das Gesetz — und der Entwurf § 358 schließt sich ihm an — für ungültig erklärt und überdies mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bezw. bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu 3000 bezw. 6000 Mark bestraft.[1]) Will man auch in der bewußten Annahme einer solch' großen Schenkung keinen eigentlichen Wucher finden, so wird man doch angesichts des vorzugsweise moralischen Charakters der Schenkung in jener Handlung eine mit diesem Charakter durchaus unverträgliche Ausbeutung erblicken müssen, welcher der Gesetzgeber doch einigermaßen zu steuern oder nach Möglichkeit vorzubeugen verpflichtet ist.

Als das gelindeste Mittel hierfür bietet sich die gerichtliche oder notarielle Form des Schenkungsversprechens dar, so gelind, daß man die beabsichtigte Wirksamkeit fast in Zweifel ziehen möchte. Die einfach schriftliche Form nützt gar nichts; die Schenkung bliebe eine heimliche, das Licht der Oeffentlichkeit scheuende. Den Abschluß des Schenkvertrages, also auch die Annahmeerklärung des Beschenkten vor Gericht oder Notar zu fordern, wäre zu viel verlangt, weil damit die sehr häufig vorkommende Schenkung an Abwesende allzu sehr erschwert würde. Auch empfiehlt sich nicht einmal die Anwesenheit des Beschenkten bei Abgabe des Schenkungsversprechens vor Gericht oder Notar, weil sonst der im Banne des Beschenkten stehende Schenker in der Freiheit seiner Entschließung beschränkt würde. Von der gerichtlichen oder notariellen Form des Schenkungsversprechens kann man sich zwei Vortheile versprechen. Soll der Schenker vor Gericht

[1]) Str. G. B. § 302a. 302b. R. G. vom 24. Mai 1880.

oder Notar erscheinen, so wird er in manchen Fällen die damit verbundenen Unannehmlichkeiten, Unbequemlichkeiten und Kostenvorlagen scheuen, die Verwirklichung seiner Absicht hinausschieben und im Laufe der Zeit, seinem erwachenden Pflichtgefühle folgend, den ganzen Schenkungsplan aufgeben. Erscheint er aber vor Gericht oder Notar, so bleibt eine Besprechung seiner Verhältnisse nicht aus, und es wird gar Mancher noch in der letzten Stunde von seinem Schenkungsvorhaben gänzlich abstehen. Auf den Beschenkten aber wird die Oeffentlichkeit jener Form vielfach abschreckend einwirken. Heimlich möchte er gerne das Geschenkte erwerben, allein er scheut die Oeffentlichkeit und das ungünstige Urtheil seiner Standesgenossen und Bekannten und die Vorwürfe der Familie des Schenkers, und wird lieber auf die ihm angebotenen materiellen Vortheile verzichten, als sich zeitlebens einer Ehrenminderung aussetzen.

Ich beantrage daher, die §§ 440 und 441 Entwurf zu streichen und an deren Stelle zu setzen:

§ 440.

Die große Schenkung bedarf, falls der Beschenkte weiß, daß sie eine große ist, oder falls seine Unkenntniß auf grober Fahrlässigkeit beruht, zu ihrer Gültigkeit der in gerichtlicher oder notarieller Form erklärten Schenkungsabsicht des Schenkers.

Die Schenkung ist insoweit eine große, als sie den Werthbetrag, den der Schenker als sorgfältiger Wirthschafter ohne eigentliche Schädigung seines Vermögens und innerhalb der durch die Anforderungen der Sitte, seiner Lebensstellung und des Zwecks der Gabe gezogenen Grenzen schenken kann, wesentlich übersteigt.

Ueber das Vorhandensein einer großen Schenkung entscheidet das freie richterliche Ermessen.

4. Verbindlichkeiten des Schenkers.

§ 10.

Die Bestimmungen des Entwurfs über die aus der Schenkung entspringenden Verbindlichkeiten des Schenkers, wie namentlich über die Einschränkung seiner Haftung für Arglist und grobe Fahrlässigkeit (§ 442), wegen eines Mangels in seinem Rechte (§ 443), wegen eines

Mangels der geschenkten Sache (§ 444), über die Freiheit von Verzugszinsen (§ 445), über die Freiheit der Erben von der Fortgewährung einer vom Schenker zugesagten Unterstützung (§ 447) und über die unter einer Auflage gemachte Schenkung (§ 448) weichen von der herrschenden gemeinrechtlichen Doctrin nicht wesentlich ab, und ich kann ihnen in sachlicher Hinsicht nur zustimmen.[1] Bezüglich des Erfüllungsorts aber bin ich andrer Meinung. Der Entwurf sagt im § 447:

„Das Schenkungsversprechen ist im Zweifel an dem Orte zu erfüllen, an welchem der Schenker zur Erfüllungszeit seinen Wohnsitz hat."

Die Motive betrachten diese Bestimmung als eine im Interesse des Schenkers statuirte Ausnahme von den in den §§ 229 und 230 gegebenen Regeln. Zunächst liegt aber ein Bedürfniß zu einer theilweisen Regulirung des Erfüllungsorts bei Schenkungen im Titel von der Schenkung gar nicht vor, da der allgemeine Theil des Rechts der Schuldverhältnisse die Stelle ist, wo erschöpfende allgemeine Bestimmungen über den Erfüllungsort der Schuldverhältnisse getroffen werden müssen. Wollte man jene karge, überdies nur Verwirrung erzeugende und zu einem wesentlichen Theil ganz unrichtige Bestimmung in den Spezialtitel von der Schenkung aufnehmen, so würde jedes einzelne Schuldverhältniß (zur Vermeidung möglicher Irrthümer) die Anwendung der allgemeinen Lehren vom Erfüllungsort durch Aufnahme desfallsiger Spezialbestimmungen in den ihm gewidmeten Spezialtitel mit Recht verlangen können. Dessen muß sich aber der Gesetzgeber enthalten, und der Entwurf hat auch sonst, abgesehen von zwei Stellen[2]), diese Enthaltsamkeit geübt. Jene Spezialbestimmung über den Erfüllungsort der Schenkungen ist aber auch geeignet, das Verständniß der im § 229 gegebenen allgemeinen Lehre zu beeinträchtigen. Hier wird die Natur des Schuldverhältnisses und der muthmaßliche Wille der Betheiligten als für die Bestimmung des Erfüllungsorts maßgebend erklärt, und man kann darüber gar nicht im Zweifel sein, daß es bei keinem Schuldverhältniß leichter ist, den Erfüllungsort nach der Natur des Schuldverhältnisses zu bestimmen, als gerade bei der Schenkung, vorausgesetzt freilich, daß

[1]) In redaktioneller Hinsicht sind, wie ich glaube, Aenderungen erforderlich. Ich werde dieselben dem den Schlußbericht erstattenden Ausschuß s. Z. vorschlagen.

[2]) § 620. Ort der Rückgabe der hinterlegten Sache. — § 1139. Ort der Zahlung einer Grundschuld.

man mit dem Worte: Natur des Schuldverhältnisses — den richtigen Begriff verbindet. Schließlich ist aber jene Spezialbestimmung des § 447 in vielen Schenkungsfällen gar nicht geeignet, das Interesse des Schenkers (und dies hat man ja doch ganz allein im Auge) irgendwie zu schützen. Ist eine individuell bestimmte Sache geschenkt, so liegt es im Interesse des Schenkers, daß sie nur da überliefert zu werden braucht, wo sie sich befindet, nicht aber am Wohnort des Schenkers. In ähnlicher Weise verhält es sich mit Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind.

Der Erfüllungsort für Schenkungsversprechen muß hiernach im Allgemeinen Theil des Rechts der Schuldverhältnisse bestimmt werden. Die Lehre des Entwurfs (§§ 229. 230) ist allerdings sehr dürftig und unbestimmt, und zum Theil unrichtig. In einem der nächsten Hefte dieser Zeitschrift werde ich ein Gutachten darüber erstatten und die mir richtig scheinenden Vorschläge machen. Einstweilen sei aber bemerkt, daß nach einer richtigen Auffassung römisch-rechtlicher Quellen und nach der Fortbildung, welche deren Inhalt in der Wissenschaft und Praxis erfahren hat, die gemeinrechtliche Lehre vom Erfüllungsort, in soweit sie hier zur Sprache kommt, folgende Gestalt hat:[1])

A. Ist der Erfüllungsort weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt, so wird er bestimmt durch die rechtliche und thatsächliche Natur der Obligation.

Hierbei gelten im Allgemeinen folgende Regeln:

1. Bei denjenigen Obligationen, welche nur einer Partei einen Vortheil gewähren, soll die Erfüllung an demjenigen Orte stattfinden, an welchem sie ohne weiteren Nachtheil für die belastete Partei geschehen kann, und zwar braucht

   a) bei Obligationen zum ausschließlichen Vortheil des Gläubigers der Schuldner die Leistung nur da vorzunehmen, wo er sie ohne weiteren Nachtheil (ohne besondere Opfer zu bringen) vornehmen kann, und der Gläubiger muß die Leistung an diesem Orte in Empfang nehmen. Der Erfüllungsort ist beim Schuldner;

[1]) Vergl. Reatz, das Gemeine Deutsche Civilrecht. Buch IV. Das Obligationenrecht (1886) §§ 124. 125. 130. 131. — Reatz, die Lehre vom Erfüllungsort (1862).

b) bei Obligationen zum ausschließlichen Vortheil des Schuldners braucht der Gläubiger die Leistung nur da anzunehmen, wo er sie ohne weiteren Nachtheil (ohne besondere Opfer zu bringen) annehmen kann, und der Schuldner muß an diesem Orte leisten. Der Erfüllungsort ist beim Gläubiger.

2. Bei denjenigen Obligationen, welche jeder Partei einen Vortheil gewähren, braucht der Schuldner nur bei sich zu erfüllen, und

3. bei denjenigen Obligationen, welche keiner Partei einen Vortheil gewähren, hat der schadensersatzpflichtige Schuldner beim Gläubiger, der zur Herausgabe einer Bereicherung Verpflichtete bei sich zu erfüllen.

B. Im Einzelnen gilt bei den Obligationen zum Vortheil des Gläubigers, — wie namentlich bei denen aus dem Hinterlegungsvertrag, Auftrag, der Geschäftsführung, Vormundschaft, Schenkung, bei der Exhibitions-, Editions-, Alimentationspflicht (sofern letztere nicht durch Delikt begründet ist), bei der Obligation des Erben auf Entrichtung eines Vermächtnisses und des Ehemanns auf Restitution der Dos (Heirathsgut, Mitgift):

1. Wird eine individuell bestimmte Sache geschuldet, so ist sie da zu leisten, wo sie sich zur Zeit der Entstehung der Obligation befand oder befinden sollte bezw. wohin sie nach der Absicht der Kontrahenten verbracht werden sollte oder durfte. (Obligationsmäßiger Ort der Lage der Sache).

   Gelangte sie in der Folge ohne ein Verschulden des Schuldners, für welches er nach Charakter und Inhalt seiner Obligation einzustehen hat, an einen anderen Ort, so ist sie an diesem zu leisten. Der Ort der Lage der Sache ist Erfüllungsort.

   Gelangte sie ohne ein solches Verschulden, aber nach Eintritt eines Verzugs des Schuldners an einen andern Ort, so muß sie der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers am obligationsmäßigen Ort ihrer Lage leisten.

Dasselbe ist der Fall, wenn sie durch ein Verschulden des Schuldners, für welches er einzustehen hat, an einen andern Ort gelangt.

2. Wird eine generisch bestimmte Sache geschuldet, so ist sie, falls der Schuldner mit Sachen solcher Art einen Handel treibt, an dem Orte der gewöhnlichen Lagerung derselben zur Zeit der Entstehung der Obligation (am Orte der Handelsniederlassung, Geschäftssitz, Fabrikort, Bergwerk), falls sie eine andere Sache ist, am Wohnort des Schuldners zur Zeit der Entstehung der Obligation zu leisten. (Obligationsmäßiger Ort der Lagerung der geschuldeten generisch bestimmten Sachen.)

Bei der Obligation des Erben auf Entrichtung eines Vermächtnisses ist entweder der Ort der Lage der Erbschaft bezw. des größeren Theils derselben oder der Wohnort des Erben Erfüllungsort. Sind jedoch Geldsummen von verhältnißmäßig nicht erheblichen Beträgen vermacht, so können dieselben, falls der größere Theil der Erbschaft an einem weit entfernten Orte sich befindet, und der in der Nähe des Vermächtnißnehmers liegende kleinere Theil der Erbschaft zur Beschaffung der legirten Summen ausreicht, an letzterem Orte gefordert werden.

Hat der Schuldner in der Folge seinen Geschäfts- oder Wohnsitz ohne bösliche Absicht und ohne Verletzung seiner dessfallsigen Anzeigepflicht gegen den Gläubiger verlegt, so ist der neue Geschäfts- oder Wohnort Erfüllungsort. Fand jedoch diese Verlegung erst nach Eintritt eines Verzugs des Schuldners oder fand eine widerrechtliche Verlegung statt, so muß der Schuldner am ursprünglichen Erfüllungsort leisten.

C. In allen Fällen, in welchen der Schuldner nur bei sich zu erfüllen, der Gläubiger also den geschuldeten Gegenstand beim Schuldner abzuholen hätte, kann der Gläubiger die ordnungsmäßige Zusendung des geschuldeten Gegenstandes an seinen Wohn- bezw. Geschäftssitz oder an einen beliebigen anderen Ort, jedoch gegen vorerstigen Ersatz der dem Schuldner daraus erwachsenden Auslagen verlangen, es sei denn,

1. daß er, ohne besondere Opfer bringen zu müssen, die Leistung am Erfüllungsorte selbst oder durch Stellvertreter entgegennehmen kann, oder
2. daß die Versendung für den Schuldner mit gleicher oder größerer Mühe verbunden ist, als die Empfangnahme der Leistung am Erfüllungsort für den Gläubiger, oder
3. daß die Umstände, unter welchen der Schuldner zur Versendung verpflichtet wäre, durch eigenes Verschulden des Gläubigers herbeigeführt wurden, oder
4. daß der Schuldner trotz eifriger Bemühungen einen geeigneten Transportanten nicht finden kann.

D. Ueberall, wo der Schuldner nur bei sich zu erfüllen, der Gläubiger also den geschuldeten Gegenstand bei jenem abzuholen hat, kann der Schuldner bringen, und wo derselbe bringen müßte, kann der Gläubiger abholen (Uneigentlicher Erfüllungsort § 121), sofern dadurch die Lage des andern Theils nicht verschlimmert wird.

Aus den oben angeführten Gründen beantrage ich:

Den § 446 Entwurfs zu streichen.

5. Widerruf der Schenkung.

§ 11.

Unter dem Einflusse sittlicher Anschauungen des Christenthums hatte Justinian den Widerruf der Schenkungen wegen Undankbarkeit des Beschenkten gegen den Schenker zu einer allgemeinen Rechtsregel erhoben und als Widerrufsgründe zugelassen: schwere wörtliche Beleidigung, Thätlichkeiten, Versetzen in Lebensgefahr und absichtliche Zufügung eines bedeutenden Vermögensverlusts. Bei diesen Gründen ist das Gemeine Recht bis auf den heutigen Tag stehen geblieben und der Entwurf hat hieran auch nichts Wesentliches geändert. Er sagt:

§ 449. „Eine Schenkung kann wegen Undanks durch eine gegenüber dem Beschenkten abzugebende Erklärung widerrufen werden, wenn der Beschenkte dem Leben des Schenkers nachgestellt oder demselben die Freiheit zu entziehen gesucht, oder sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung oder schweren Beleidigung desselben schuldig gemacht, oder wenn er ihm einen bedeutenden Vermögensverlust vorsätzlich zugefügt hat."

§ 450. „Dem Erben des Schenkers steht das Recht, die Schenkung wegen Undanks zu widerrufen, nur dann zu, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich getödtet hat."

Mit diesen Bestimmungen steht der Entwurf meines Erachtens nicht auf der Höhe der geläuterten Rechtsanschauungen des deutschen Volkes. Er bedarf vielmehr mehrfacher Erweiterungen und Einschränkungen.

Wie bereits oben (§ 2) erörtert, ist die Schenkung ein Rechtsinstitut von vorzugsweise moralischem Charakter. Nach den Grundsätzen der Moral ist der Beschenkte dem Schenker gegenüber zur Bethätigung eines angemessenen Dankes verpflichtet, und er muß sich Zeitlebens jedes Undankes in Worten und Thaten enthalten.

Das Recht kann diese Anforderungen der Moral nicht völlig sich aneignen. Vor Allem darf es nicht principiell den Beschenkten zu positiven Dankesbezeigungen anhalten, und im Unterlassen solcher selbst da, wo es sich um die fast mühe- und opferlose Abwendung eines dem Schenker drohenden erheblichen Verlustes handelt, einen von rechtlichen Folgen begleiteten Undank finden. Zwar wird nicht Jedermann diese Gleichgültigkeit des Gesetzes billigen. Giebt es schon Juristen und Philosophen, welche Denjenigen, der einen Ertrinkenden sieht und ihn nicht rettet, obgleich er des Schwimmens kundig ist, oder Denjenigen, der den Brand eines Hauses entdeckt, ihn aber nicht löscht, obwohl Rettung und Löschung ohne Gefahr und Mühe bewerkstelligt werden kann, für kriminell strafbar erklären möchten, so wird die Zahl derer noch größer sein, die den Beschenkten, der zur Rettung seines Schenkers und dessen Vermögenshabe nichts thut, wegen seines groben Undanks zum Mindesten privatrechtlich, mit der Zulässigkeit des Widerrufs der Schenkung bestraft wissen wollen. Das Gewicht dieser Stimmen ist nicht zu verkennen, und es kann eine Zeit eintreten, zu welcher sie eine Berechtigung haben werden. Dermalen aber ist diese Zeit noch nicht gekommen, weil namentlich der Uebergang von der bisherigen, den Standpunkt der Moral nur sehr unvollkommen vertretenden Gesetzgebung zu diesem fast absoluten Moralitätsprinzip doch gar zu schroff und unvermittelt wäre. Im großen Ganzen wird man, im Anschluß an das bisherige Recht, für die heutige Zeit nur positive Undankshandlungen und nicht Unterlassungen als Widerrufsgründe zulassen dürfen, und in soweit dem Entwurfe beistimmen müssen, dessen Widerrufsgründe ebenfalls positiver Natur sind. Man muß ihm aber auch darin beistimmen, daß

nur vorsätzliche Handlungen des Beschenkten zum Widerruf sich eignen, nicht auch fahrlässige, und endlich auch darin, daß die Urheberschaft der betreffenden Undankshandlung vorausgesetzt wird, und es gleichgültig ist, ob der undankbare Beschenkte als Mitthäter, Anstifter oder Gehülfe gehandelt hat.

Dagegen ist die Zahl der vom Entwurf hervorgehobenen Widerrufsgründe viel zu gering. Dieselben datiren von der allerersten Stufe der Einführung des allgemeinen Widerrufs der Schenkung wegen Undanks; die Anschauungen der heutigen Zeit sind unberücksichtigt geblieben. Diese aber gehen dahin:

1. daß alle vom Beschenkten gegen den Schenker unmittelbar gerichteten vorsätzlichen Handlungen, welche das Strafgesetzbuch als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedroht, als Widerrufsgrund gelten. Ausgeschlossen sind also die fahrlässigen Handlungen und die Uebertretungen. Da jedoch das Strafgesetzbuch (§ 139) auch Denjenigen, welcher von dem Vorhaben eines Hochverraths, Landesverraths, Münzverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährlichen Verbrechens zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntniß erhält und es unterläßt, hiervon der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person zur rechten Zeit Anzeige zu machen, dann bestraft, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist, so muß auch in einer solchen Unterlassung rechtzeitiger Anzeige ein Widerrufsgrund gefunden werden, falls jene Verbrechen gegen die Person des Schenkers gerichtet waren.

Zur Begründung dieser Rechtsanschauungen sei Folgendes bemerkt:

Außer den vom Entwurf aufgeführten Handlungen giebt es eine Reihe von Verbrechen und Vergehen, die, falls sie gegen den Schenker gerichtet sind, als Widerrufsgründe angenommen werden müssen. Unser Rechtsbewußtsein fordert gebieterisch, daß dem Beschenkten das Geschenk entzogen werden darf, wenn er in einer den Schenker berührenden Rechtssache gegen dessen Interesse einen Meineid geleistet hat, selbst wenn der Ausgang des Prozesses für den Schenker keinen bedeutenden, oder überhaupt keinen Vermögensverlust im Gefolge hatte, oder wenn die Absicht des falsch schwörenden Beschenkten auf eine Vermögensbeschädigung des Schenkers gar nicht gerichtet war. Ebenso muß ein Widerrufsgrund sein: der Ehebruch des Beschenkten mit dem Ehegatten des Schenkers; die Begünstigung des Thäters oder Theilnehmers eines gegen den Schenker gerichteten

Verbrechens oder Vergehens, um ihn der Bestrafung zu entziehen; die Anstiftung oder Beihülfe zur Abtreibung der Leibesfrucht der schwangeren Ehefrau des Schenkers; die Unterschiebung eines Kindes und dergl. gegen den Schenker unmittelbar gerichtete Verbrechen und Vergehen des Beschenkten. Das Strafgesetzbuch giebt uns in dieser Beziehung einen festen und sicheren Anhalt, denn es ist nicht blos der Hüter der Rechtsordnung, sondern auch der Rächer der verletzten Moral. Wenn Beleidigungen des Schenkers durch den Beschenkten einen Widerrufsgrund abgeben sollen, um wieviel mehr müssen jene schweren Verbrechen und Vergehen zum Widerrufe sich eignen. Legt man das Strafgesetzbuch zu Grunde, so erhält man auch scharfe Begriffe an Stelle der immerhin dehnbaren und verschiedener Auslegung fähigen Begriffe des Entwurfs von der Lebensnachstellung und dem Versuch der Freiheitsentziehung, zu deren Klarstellung man in Streitfällen auf die l. 10. C. de revocandis donationibus (8. 56) zurückzukommen, und eine Interpretation ihres Inhalts: ita ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel jacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponat, vel vitae periculum aliquod intulerit etc. vorzunehmen gezwungen wäre.

2. Man muß aber noch einen Schritt weiter gehen und auch die gegen den Schenker nur mittelbar gerichteten Verbrechen und Vergehen des Beschenkten als Widerrufsgründe gelten lassen. Die Solidarität der deutschen Familie erzeugt die Anschauung, daß ich das Leid und Unrecht, was meiner Familie, meinen nächsten Angehörigen, meiner Frau, meinen Eltern und meinen Kindern zugefügt worden ist, als mir zugefügt betrachte, und auf demselben Grund beruht die Rechtsanschauung, das der Beschenkte das Gute, was ihm vom Schenker unmittelbar und von dessen Familie, die ja durch Entfremdung der geschenkten Gabe beeinträchtigt wird, mittelbar zu Theil geworden ist, weder gegenüber dem Schenker noch dessen Familie mit Bösem, mit Verbrechen und Vergehen, vergelten darf. Die Beschenkten, welche die Eltern des Schenkers durch meineidige Zeugenaussagen in unverschuldetes Unglück gestürzt, welche seine Ehefrau genothzüchtigt, seinen Sohn getödtet, oder seine Tochter wider deren Willen durch List, Drohung oder Gewalt, um sie zur Unzucht zu bringen, entführt haben, sie alle haben durch ihre Verbrechen den Schenker aufs Tiefste verletzt, schwerer, wie durch eine direkt ihm zugefügte schwere wörtliche Beleidigung. Streitig kann es nur sein,

welche Grenze das Gesetz der „Familie" ziehen soll. Meiner Ansicht nach muß es sich auf die engste Familie, auf Ehegatten, Eltern und Kinder beschränken, freilich ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob sie sich in derselben häuslichen Gemeinschaft befinden oder nicht.

3. Der Entwurf fordert für den Widerruf bei drei Gründen — Mißhandlung, Beleidigung und Vermögensschädigung — den Eintritt eines nachtheiligen Erfolges; bei zweien — Lebensnachstellung und Freiheitsentziehung — läßt er schon den Versuch zu. Dies scheint mir ohne jegliches Prinzip zu sein. Man wird es nicht begreiflich finden, daß der unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben unternommene Raubversuch, der nach dem Strafgesetzbuch mit Zuchthaus bestraft werden kann, zum Widerruf einer Schenkung sich nicht eignen, während der Versuch einer einfachen Freiheitsberaubung durch vorübergehende Einsperrung, welcher strafrechtlich ungeahndet bleibt, einen Widerrufsgrund abgeben solle. Das Richtige ist, auch hier das Strafgesetzbuch zu Grunde zu legen, und jeden von diesem für strafbar erklärten Versuch eines gegen den Schenker unmittelbar oder mittelbar gerichteten Verbrechens oder Vergehens des Beschenkten als Widerrufsgrund zuzulassen.

4. Es giebt Fälle kriminell strafbarer Vergehen, die nach ihrer ganzen Natur nur leichte moralische Vergehen sind, und daher nicht wohl als Fälle groben Undanks angesehen werden können. Ein Widerruf der Schenkung dieserhalb würde unsern Rechtsanschauungen widersprechen. Im Anschluß an das Gemeine Recht hat daher der Entwurf auch nur schwere Beleidigungen und bedeutende Vermögensverluste als Widerrufsgründe ausgegeben. Allein dies genügt nicht. Was sind schwere, was leichte Beleidigungen, was bedeutende Vermögensverluste, was unbedeutende? Welchen Einfluß muß das Benehmen des Schenkers haben, das, an sich ungerechtfertigt, hochfahrend und beleidigend, den Beschenkten zur schweren Beleidigung gereizt hat? Darf der Noth, dem Leichtsinn, der Empfindlichkeit, der Uebereilung, dem Zorn und anderen Eigenschaften des Beschenkten ein Einfluß eingeräumt werden? Dies sind Fragen, die im Allgemeinen bejaht werden müssen. Die Entscheidung im Einzelnen muß dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, das stets zu prüfen hat, ob subjektiv und objektiv ein Fall groben Undanks des Beschenkten gegen den Schenker vorliegt. Dieses richterliche Ermessen hat selbstverständlich keinen Raum bei Verbrechen, sondern nur bei leichten Fällen der Vergehen der Beleidigung (§ 185 ff.

Str. G. B.), der Körperverletzung (§ 223), der einfachen Freiheitsentziehung (§ 239), der Nöthigung (§ 240, 253), der Bedrohung (§ 241), des Diebstahls (§ 242 ff.), der Begünstigung und Hehlerei (§ 257 ff.), des Betrugs und der Untreue (§ 263 ff.), der Urkundenfälschung (§ 267 ff.), des strafbaren Eigennutzes (§ 284 ff.) und der Sachbeschädigung (§ 303 ff.).

Mit den Bestimmungen der §§ 450, 451 und 452 im Wesentlichen einverstanden, beantrage ich, den § 449 Entw. zu streichen und an dessen Stelle zu setzen:

§ 449.

Die Schenkung kann wegen groben Undanks widerrufen werden.

Grober Undank ist die Verübung vorsätzlicher, gegen den Schenker oder dessen Ehegatten, Eltern oder Kinder gerichteter, im Strafgesetzbuch mit Strafe bedrohter, vollendeter oder versuchter Verbrechen oder Vergehen des Beschenkten. Ist nach dem durch die Umstände des Einzelfalls, insbesondere durch die Gesinnung des Schenkers, den Werth des Geschenks und der Größe des hiernach geschuldeten Danks, durch den Erfolg des Vergehens, die Gesinnung und den Gemüthszustand des Beschenkten und das Benehmen des Schenkers zu bestimmenden richterlichen Ermessen das Vergehen keine sehr erhebliche sittliche Verfehlung des Beschenkten, so liegt grober Undank nicht vor.

Der Widerruf hat, soweit dies thunlich ist, durch eine dem Beschenkten gegenüber abzugebende Willenserklärung zu geschehen.

Bemerkungen bezüglich des Rechts der Schuldverhältnisse.

Von A. Westrum, Rechtsanwalt am Königl. Oberlandesgericht Celle.

Wenn die nachstehend bezüglich des „Rechts der Schuldverhältnisse" gemachten Bemerkungen wesentlich darauf hinauslaufen, zu einzelnen Punkten Abänderungs- oder, — nach meiner Meinung —, Verbesserungsvorschläge zu machen, so möchte ich mich doch von vornherein gegen die Auffassung verwehren, als wolle ich damit den Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuches im Allgemeinen tadeln oder als fände ich an dem von mir besprochenen Theile des Entwurfs nichts zu loben, vielmehr nur zu tadeln. Es liegt in der Natur der Sache, daß man diejenigen Bestimmungen des Entwurfs, welche man für zutreffend und gut hält, nichts besonders hervorhebt, und sich beschränkt auf dasjenige, was einer Verbesserung bedürftig erscheint. Daher erklärt sich die jüngst in verschiedenen Zeitungen beklagte Erscheinung, daß sich fast nur tadelnde Bemerkungen in den Besprechungen des Entwurfs vorfänden. Es wird auch kaum für die Aufgabe einer jeden Besprechung dieses oder jenes Theils des Gesetzbuches erachtet werden können, ein generelles Urtheil über dasselbe zu fällen. Ob der Einzelne das Werk einer großen Anzahl unserer bedeutendsten Juristen gelungen oder nicht gelungen findet, darauf wird wenig ankommen. Der Einzelne wird nur darin nützen können, daß er zu ganz bestimmten Punkten, die ihn vielleicht speziell interessiren oder zu deren Beurtheilung ihn näheres Studium oder praktische Erfahrungen befähigen, Vorschläge macht. Auf je weniger Punkte er sich dabei konzentrirt, um so eher wird er wirklichen Nutzen schaffen und wenn er nur eine

einzige nachtheilige Bestimmung beseitigt, oder eine einzige wünschenswerthe Bestimmung hineinbringt in ein Gesetzbuch, das für viele Millionen Deutsche auf unabsehbare Zeit maßgebend sein soll, so kann er mit dem Erfolg seiner Arbeit zufrieden sein.

So wird denn auch der nachstehende Aufsatz sich auf wenige bestimmte Punkte beschränken und nur, um nicht den Anschein zu erwecken, als solle durch einzelne etwaige abfällige Bemerkungen der gesammte Entwurf getadelt sein, will ich bemerken, daß ich denselben im Ganzen für ein durchaus gelungenes Werk erachte, genügend detaillirt, um nicht in jedem Einzelfalle den Rechtsuchenden im Stich zu lassen und doch nicht kasuistisch, wie das Preußische Landrecht, keine einfache Kodifikation des Rechts irgend eines Deutschen Landes oder Landestheils, und doch sich eng genug anschließend an die geltenden Rechte, um nicht den historischen Boden unter den Füßen zu verlieren.

I.

Wenn ich mich hiernach zur Besprechung der Einzelheiten wende, so möchte ich in dieselbe auch einschließen einen Punkt, der nach der Eintheilung des Entwurfs zwar nicht unter das „Recht der Schuldverhältnisse" fällt, vielmehr von dem Entwurfe im allgemeinen Theil abgehandelt wird, der aber wesentlich nur praktische Bedeutung haben wird bei Kontrahirung von Schuldverhältnissen, ich meine die Frage nach der Haftung eines nicht legitimirten Vertreters. Diese Frage wird von dem Entwurfe § 125 dahin beantwortet:

> „Der Vertreter, welcher bei Schließung des Vertrages nicht kundgegeben hat, daß er ohne Vertretungsmacht sei, ist, wenn die Genehmigung des Vertrages verweigert wird, dem anderen Vertragsschließenden persönlich verhaftet. Der Andere kann nach seiner Wahl Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.
>
> Die Haftung des Vertreters tritt nicht ein, wenn der Andere den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat."

Also unbedingt, ohne Rücksicht auf jede Fahrlässigkeit — wie die Motive ausdrücklich hervorheben — haftet der Vertreter in der Weise, daß von ihm „Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung" gefordert werden kann.

Es ist damit eine viel ventilirte Frage entschieden, die nach gemeinem Recht wohl dahin beantwortet werden mußte, daß der nichtlegitimirte Vertreter, da er selbst nicht kontrahiren will und in gar keinem

Kontraktsverhältniß zur Gegenseite steht, nicht einmal bei Fahrlässigkeit, vielmehr lediglich bei dolus haftet. Ist nun die abweichende Bestimmung des Entwurfs, — die sich anschließt an entsprechende Vorschriften unseres Handels- und Wechselrechts —, gerechtfertigt? Mir scheint das nicht. Mir scheint sie vielmehr im hohen Grade ungerecht, ja widersinnig zu sein.

Nehmen wir ein Beispiel. Ein Notar erhält von einem in der Hauptstadt lebenden Rittergutsbesitzer den Auftrag, dessen Gut zu verkaufen. Er findet zu dem geforderten Preise auch Reflektanten und der Vorsicht wegen läßt er, ehe er mit einem derselben abschließt, sich noch eine beglaubigte Vollmacht des Eigenthümers ertheilen. Später wird der Eigenthümer für verrückt erklärt, und zwar sagen die Sachverständigen aus, daß er seit Jahren verrückt sei, wie es dem Verfasser dieses Aufsatzes in seiner Praxis vorgekommen ist, daß der Besitzer eines großen Hotels, der dasselbe mit bestem Erfolg verwaltete, plötzlich für seit acht Jahren verrückt erklärt wurde. Jetzt soll also der Notar — der auf Grund der Vollmacht eines Geisteskranken oder einer gefälschten Vollmacht ꝛc. gehandelt hat — seinerseits regreßpflichtig sein, regreßpflichtig, wenn er auch mit der penibelsten Sorgfalt in der ganzen Angelegenheit verfahren ist.

Die Motive rechtfertigen dies mit der Rücksicht auf das Verkehrsinteresse. Dem anderen kontrahirenden Theile wird es ja auch sicherlich sehr angenehm sein, wenn bei mangelnder Vollmacht stets der Bevollmächtigte bluten muß. Vielleicht kann aber auch dieser auf einige Rücksicht Anspruch machen, wenn ihn kein Verschulden trifft, und man möge sich, wenn man hier — wie z. B. auch im Handelsrecht beim gutgläubigen Erwerb fremder Sachen — von dem Schutze und der Sicherheit des Verkehrs spricht, darüber nicht täuschen, daß man nur mit der einen Hand giebt, was man mit der anderen nimmt. Die Sicherheit des einen bedeutet die Gefährdung des anderen, des anderen, der gerade so viel Anspruch auf Sicherheit hat, wie jener.

Keinenfalls liegt aber ein Grund vor, dem anderen Kontrahenten ein Recht auf „Erfüllung" oder „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" zu geben, höchstens könnte der andere Kontrahent das negative Vertragsinteresse, Ersatz alles Schadens, der ihm durch das Eingehen auf den Vertrag erwachsen ist, fordern. Das allein wäre logisch. Wenn jemand Vollmacht nicht besitzt, so darf er auch nicht sagen, daß er solche habe. Giebt er dennoch — mit oder ohne Verschulden — an, solche zu besitzen, so ist er verantwortlich, er muß den Schaden ersetzen,

der dadurch entstanden ist, daß er unrichtiger Weise behauptete, bevollmächtigt zu sein. Hätte er dies nicht behauptet, so wäre aber eben überhaupt kein Vertrag geschlossen. Der Entwurf steht dagegen auf dem Standpunkte: Wer keine Vollmacht hat — vielleicht wegen Unzurechnungsfähigkeit des Mandanten eine gültige Vollmacht desselben gar nicht bekommen kann — muß doch eine haben, nämlich den anderen Theil so stellen, wie wenn er sie hätte.

Wenn ich umgekehrt sage, wer keine Vollmacht hat, darf auch nicht vorgeben, sie zu haben und muß den anderen Theil so stellen, wie wenn er dies nicht vorgegeben hätte, so macht dies praktisch einen großen Unterschied. Danach würde, — um bei dem obigen Beispiele zu bleiben —, der nicht legitimirte Notar wahrscheinlich einige hundert Mark an Stempel-, Reisekosten u. s. w. zu ersetzen haben, nach dem Entwurfe hat er vielleicht sein ganzes Vermögen, den Ertrag eines langen, arbeitsreichen Lebens zu opfern, — ohne jedes Verschulden, ohne jegliche, auch die leiseste Fahrlässigkeit. Wenn er das Gut dem Auftrage gemäß für 200 000 Mark verkauft und es ist in Wirklichkeit 300 000 Mark werth (er hat das Gut vielleicht nie gesehen, oder ist nicht sachverständig genug, um seinen Werth schätzen zu können), so soll er dem Käufer 100 000 Mark Schadensersatz zahlen, wenn auch dieser nie das Gut für 200 000 Mark erhalten haben würde und der Auftrag, so billig zu verkaufen, vielleicht nur in der geistigen Gestörtheit des Eigenthümers seinen Grund hatte. Der Käufer steckt, als angeblichen Schadensersatz einen Gewinn in die Tasche, den er sonst nie gemacht hätte, und der unglückliche Vermittler mag sein Vermögen hergeben, ihm solchen Gewinn auszahlen. Weshalb auch behauptet er, bevollmächtigt zu sein. Da sehe er zu!

Die Bestimmung des Entwurfs ist, auf den ersten Anblick, sehr einfach, sehr natürlich, sie schneidet alle Untersuchungen über Schuld, bezw. Nichtschuld, dolus oder guten Glauben ab, sie scheint streng, aber gerecht. Eine genauere Betrachtung aber führt, wie wir sehen, zu einem ganz anderen Urtheil über diese schneidige Vorschrift.

II.

Der § 207 sagt:

„Ist ein Schuldverhältniß auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, so steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist.“

Diese Fassung kann den Zweifel erwecken, ob nur eine ausdrückliche desfallsige Festsetzung, Bestimmung im Vertrage, das Wahlrecht des Schuldners ausschließt oder ob auch eine aus den Umständen des Falls zu folgernde, jedoch nicht bestimmt ausgesprochene Absicht der Parteien genügen soll. Das letztere würde bei einem Gesetzbuch, welches so viel Gewicht auf die bona fides, auch die Berücksichtigung des wahren Willens zweier Kontrahenten legt, gewiß das Richtigere sein und um jeden Zweifel in dieser Beziehung auszuschließen und dem Richter die volle Freiheit der Entscheidung zu wahren, dürfte etwa folgende, zugleich kürzere Fassung sich empfehlen:

„. . . ., so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu."

Diese Fassung drückt zugleich, indem sie sich an den alten Satz: „In dubio mitius" anschließt, den Grund an, weshalb das Gesetz im Zweifelsfalle dem Schuldner das Wahlrecht zu gewähren hat.

III.

Der § 218 bestimmt:

> „Ist Schadensersatz zu leisten, so umfaßt der zu ersetzende Schaden sowohl die erlittene Vermögenseinbuße als auch den entgangenen Gewinn.
>
> Als entgangener Gewinn kommt nur derjenige in Betracht, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

Bedenken erregt bei diesem Paragraphen das Alinea 2. Die Motive rechtfertigen es mit folgender Bemerkung:

> „Die Vorschrift des zweiten Absatzes ist nicht zu entbehren. Durch sie erhält die Praxis im Hinblicke auf § 260 der C. P. O. die nöthige Anweisung, aus welcher erhellt, daß einestheils die volle Gewißheit, der Gewinn würde gezogen worden sein, nicht erforderlich sei, andererseits aber auch die bloße Möglichkeit, der Beschädigte würde den Gewinn erlangt haben, nicht ausreiche, daß vielmehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit entscheide."

Die Vorschriften über die Beweiswürdigung gehören aber doch wohl in die Civilprozeßordnung. Man streiche das „mit Wahrscheinlichkeit" und die Vorschriften unseres Prozeßgesetzes über die freie richterliche Beweiswürdigung, insbesondere beim Schadensersatz, werden dennoch völlig ausreichen.

In diesem Alinea 2 steckt aber nicht nur, wie die Motive anzunehmen scheinen, eine Bestimmung über die erforderliche Stärke des Beweises, sondern eine materielle Vorschrift, und man wird sich hierüber klar werden müssen, um dann sich entscheiden zu können, ob man diese materielle Vorschrift billigt oder nicht. Bekanntlich unterscheidet das gemeine Recht ein damnum circa rem und damnum extra rem, einen unmittelbaren und einen mittelbaren Schaden, der dann sowohl in einem eigentlichen Vermögensverlust, als in einem entgangenen Gewinn bestehen kann. Wenn ich jemanden einen fehlerhaften Eisenträger liefere, so ist sein Minderwerth ein damnum circa rem, der Schaden der durch den Einsturz vielleicht des ganzen Hauses, in dem der Träger verwandt wurde, geschieht, ein damnum extra rem. Wenn jemand mir eine Schuld zu spät bezahlt, so sind die mir entgehenden landesüblichen Zinsen, die ich vom Gelde, bei rechtzeitiger Zahlung hätte ziehen können, ein damnum circa rem; der größere Schaden, der mir dadurch erwächst, daß ich ein mir offerirtes lucratives Geschäft aus Mangel an Geld unterlassen muß, ein damnum extra rem.

Die Motive bemerken nun, daß das bürgerliche Gesetzbuch diese, zudem schwer zu fixirende, Unterscheidung nicht aufgenommen habe und jeder Schaden, — mittelbar oder unmittelbar — zu ersetzen sei. Das ist nach § 218 Alinea 2 nicht richtig. Danach ist wenigstens beim entgangenen Gewinne, — im Gegensatz zum damnum emergens — erforderlich, daß derselbe mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, d. h. derzeit schon erwartet werden konnte, als das zum Schadensersatz verpflichtende Faktum eintrat. Also derjenige Gewinn, von dem man nachträglich vielleicht sogar mit absoluter Gewißheit feststellen kann, daß er gemacht sein würde, von dem man aber solches seiner Zeit nicht erwarten konnte, scheidet aus. Z. B. wenn Jemand Auftrag gegeben hat, ihm ein bestimmtes Loos zu kaufen oder zu erneuern und der Beauftragte versäumt dies und später fällt auf dasselbe der größte Gewinn, so wird man schwerlich sagen können, dieser Gewinn sei mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen, und doch steht absolut fest, daß er bei Besitz des Looses gemacht worden wäre. Oder in einem Testamente wird Demjenigen eine große Summe vermacht, der beim Tode des Erblassers sich im faktischen Besitze eines bestimmten Gegenstandes befindet. Dieser Gegenstand ist aber wenige Tage vor Errichtung des Testaments widerrechtlich von einem Dritten zerstört und dadurch entgeht dem früheren Eigenthümer ein sonst sicher gemachter Gewinn.

Eben deshalb irren die Motive auch, wenn sie die Sache so darstellen, als ob das Alinea 2 des § 218 ein minus gegenüber der „vollen Gewißheit, der Gewinn würde gezogen sein" fordert. Das Alinea 2 fordert durch das Imperfektum „konnte" und die Zusätze „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ꝛc." ein Mehreres, und schränkt dadurch die Forderung entgangenen Gewinns im Wesentlichen auf den entgangenen unmittelbaren Gewinn ein.

Eine solche Unterscheidung zwischen dem entstandenen Schaden, — der unbeschränkt — und dem entgangenen Gewinn, — der nur mit Einschränkungen ersetzt werden soll, mag durchaus zu billigen sein; man wird nur, wie bemerkt, um späteren Zweifeln, die sich auf die Motive stützen könnten, zu begegnen, sich von vornherein über die Tragweite des § 218 klar werden müssen.

IV.

Wenn der § 228 vorschreibt:

„Der Schuldner ist zu Theilleistungen nicht berechtigt",

so möchte es sich doch mit Rücksicht auf die etwaigen entgegenstehenden Intentionen der Parteien empfehlen, vor „nicht berechtigt" ein „in Zweifel" einzuschalten. Daß die Vorschrift des § 228 ausnahmslos und rigoros angewendet, leicht zu Härten führen könnte, wird schwerlich Jemand verkennen. Der Verfasser dieses Aufsatzes entsinnt sich eines in dieser Beziehung recht lehrreichen Rechtsfalles. Ein Handlungshaus hatte von einer Westfälischen Zeche ein sehr bedeutendes Quantum Kohlen, 120 000 Centner, gekauft. Als die Kohlenpreise — der Fall spielte bald nach dem Krach —, stark sanken, weigerte sich die kaufende Firma unter allerlei Vorwänden, den Kontrakt anzuerkennen und zu erfüllen, wurde aber zur Zahlung — gegen Lieferung der Kohlen — verurtheilt. Da griff es, in der Exekutionsinstanz, zu dem Mittel, die gleichzeitige Lieferung des gesammten Kohlenquantums zu fordern. Die Verkäuferin wendete ein, daß der Bahnhof des Orts, wohin die Zeche zu liefern übernommen hatte, gar nicht ausreiche, um gleichzeitig die zum Transport von 120 000 Centnern Kohlen erforderlichen 600 Waggons zu fassen, und wurde gerichtsseitig eine Beweiserhebung über die Richtigkeit dieser Behauptung angeordnet und der Käufer für den Fall ihrer Bestätigung zur Annahme von Theillieferungen für verpflichtet erklärt. Der Fall zeigt, daß der Satz des § 228 so unbedingt nicht durchzuführen ist

und die Motive selbst machen denn auch zu den Worten des Gesetzestextes noch folgenden einschränkenden Zusatz:

> „vorausgesetzt, daß nicht nach dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses Theilleistung geboten oder zulässig ist. Letzterenfalls, z. B. wenn nach Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes eine Leistung in Absätzen erforderlich ist, wäre die Theilleistung obligationsmäßig."

Allein entweder soll damit nur gesagt sein, daß, wenn nach den ausdrücklichen Abmachungen der Betheiligten eine Theilzahlung zulässig oder gar nothwendig sei, der § 228 cessire; dann durfte man, da dies selbstverständlich, allerdings einen bezüglichen Zusatz zu § 228 fortlassen, wird aber zu unbilligen Konsequenzen gelangen. Oder es soll die Zulässigkeit der Theilleistung auch aus anderen Umständen als eine von den Parteien gewollte, ihrem „muthmaßlichen Willen" — cfr. § 229 des Entwurfs — entsprechende gefolgert werden können, dann war es nothwendig, diesem Gedanken im Texte des Gesetzes — etwa in der von mir angedeuteten Fassung — Ausdruck zu geben.

V.

Der § 255 läßt, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu versetzen, eine Verbalofferte genügen,

> „wenn der Gläubiger, damit die Leistung beginnen kann, vorher eine Handlung vorzunehmen hat."

Schwerlich würde wohl Jemand, wenn er nicht in den Motiven läse, daß hierunter auch der Fall der „Holschuld" mitbegriffen sein soll, dies aus den Textesworten herauslesen. Daß ich mich in eine Droschke setze und zum Schuldner fahre oder einen legitimirten Vertreter sende, nennt man doch nicht „eine Handlung vornehmen".

Weshalb nicht die wenigen Worte „oder seinerseits die Leistung abzuholen bezw. am Erfüllungsorte entgegenzunehmen" hinter „vornehmen" einschalten?

Es ist eine unweise Sparsamkeit, einige wenige Worte fortzulassen, wenn dadurch der Leser des Gesetzes gezwungen wird, nun an ihrer Stelle eben so viele Zeilen in den Motiven zu lesen, nachdem er sie zuvor erst mühsam aufgesucht und glücklich gefunden.

VI.

Der § 279 legte die Kosten der öffentlichen Hinterlegung eines Schuldgegenstandes dem Gläubiger auf. Mit Grund, wenn dieser

im Annahmeverzuge, wenn er die Schuld trägt, daß die Leistung nicht an ihn erfolgt; ohne Grund in allen anderen Fällen. Weshalb soll z. B. der Gläubiger auch dann die Kosten der Hinterlegung tragen, wenn er gern die Schuld angenommen hätte, auch sich nicht etwa entfernt hielt, wenn aber der Schuldner, oder etwa sein Erbe — bei dem solches eher denkbar — in Folge irgend einer unglücklichen Verkettung von Umständen den Gläubiger nicht kennt oder den richtigen Gläubiger nicht herauszufinden vermag. Dann den Gläubiger die Kosten tragen zu lassen, entspricht allerdings einer Rechtsanschauung, die sich wie ein rother Faden durch das ganze bürgerliche Gesetzbuch zieht, die der Verfasser dieses aber nicht zu billigen vermag, der Anschauung nämlich, daß bei einer Verletzung objektiver Rechte ohne subjektives Verschulden des Verletzenden nicht dieser, sondern der Verletzte den Schaden tragen und behalten müsse. Dieser Anschauung zu Gefallen hat man den Eigenthümer bei widerrechtlicher Störung in seinem Eigenthum nur einen unbedingten Anspruch auf Unterlassung fernerer Störung und einen Anspruch auf Schadensersatz nur unter Voraussetzung fahrlässigen Handelns gegeben (cfr. §§ 943 und 704 ff.). Dieser Auffassung zu Gefallen stellt man in § 224 an die Spitze der Regeln über die Verpflichtung zur Leistung den Satz, daß man wegen fahrlässiger Nichterfüllung hafte, nicht den Satz, daß nur kasuelle objektive Unmöglichkeit (§ 237) frei mache. Dieser Anschauung zu Liebe hat man auch die culpata mora wieder eingeführt und fordert zum Eintritt des Verzuges, daß der Schuldner sich nicht in einem entschuldbaren Irrthum hinsichtlich des Schuldverhältnisses befindet.

Schon früher habe ich in dem Bödiker'schen Magazin für das Deutsche Recht d. G. B. IV in einem Aufsatze über die a. negatoria darzuthun gesucht, daß diese Auffassung eine unrichtige sei. Wenn jemand auch ohne Verschulden eine Pflicht gar nicht, oder nicht gehörig oder nicht zur rechten Zeit erfüllt, so muß er für das Interesse haftbar sein, wenn nicht eingetretene objektive kasuelle Unmöglichkeit seine Hände band. Ueberhaupt wer irgend ein objektives Recht verletzt, muß — de lege ferenda — haften, mochte er den Schuldner vorhersehen können oder nicht und mochte er das Recht kennen oder nicht. Wo ein Schaden entsteht ohne Verletzung eines objektiven Rechts — z. B. ich stehe an einer Straßenecke und halte meinen Schirm fahrlässig so, daß jemand daraufrennend sich beschädigt — da liegt eben in der Fahrlässigkeit allein der Grund des Schadens-

anspruches, und da setzt deshalb dieser — der Ersatzanspruch — jene — die Fahrlässigkeit — nothwendig voraus. Wenn aber durch Verletzung eines objektiven Rechts ein Nachtheil entsteht, so fragt sich nur, wer soll den Schaden tragen. Der Verletzende? Oder der Verletzte? Zu Gunsten jenes macht man, wo keine böse Absicht oder Fahrlässigkeit vorliegt, geltend, daß ihn doch kein Verschulden treffe. Als ob sich nicht dasselbe vom Verletzten sagen ließe. Aus dem Begriffe des Rechts folgt schon an sich, daß ich für seine Verletzung muß Sühne fordern können, und hiervon eine Ausnahme zu statuiren, liegt kein Grund vor, wenn beide Theile gleich frei von Verschulden sind. Wie man aber beim Prozesse denjenigen die Kosten — mit und ohne Verschulden — tragen läßt, der Unrecht, objektiv Unrecht hat und dadurch jemanden, der sich sonst mit seiner bona fides ausreden möchte, zwingt, erst noch einmal reiflich nachzudenken, ehe er zu prozessiren beginnt, so wird auch nichts besser Rechtsverletzungen verhüten, als wenn der Verletzende unbedingt für sie aufzukommen hat. Wenn der Schuldner sich nicht ausreden kann, er habe das Schuldverhältniß nicht gekannt, wird er viel scharfsichtiger in Bezug auf seine Verpflichtungen werden, und wenn derjenige, der deponirt, weil er über die Person des Schuldners ungewiß ist, die dadurch entstehenden Kosten tragen muß, so wird er sich gewiß erst Mühe geben, denselben zu entdecken. Ist ihm solches wirklich unmöglich, so ist die durch die Deposition zu erfolgende Befreiung von seiner Schuld mit der Tragung der Kosten nicht zu theuer erkauft.

VII.

Den zweiten Satz des § 282:

> „Die unter Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegebene Aufrechnungserklärung ist unwirksam"

— in welchem das Wort „Beifügung" eben so gut fehlen könnte — rechtfertigen die Motive mit folgender Erwägung:

> „Die Aufrechnungserklärung verträgt ihrem juristischen Wesen nach keine Bedingung oder Zeitbestimmung; eine bedingte oder betagte Aufrechnungserklärung wäre rechtlich wirkungslos, demgemäß so anzusehen, als ob überhaupt keine Erklärung erfolgt wäre (§ 282 Abs. 2). Die Aufrechnung bewirkt eine durch eine gesetzlich zulässige Art der Befriedigung des Gläubigers eintretende Erlöschung der Forderung. So gewiß aber der Gläubiger eine bedingte oder betagte Zahlung

ablehnen kann, so wenig braucht er sich eine bedingte oder betagte Aufrechnung gefallen zu lassen."

Diese Erwägung dürfte aber nur rechtfertigen, dem anderen Theile die Zurückweisung einer derartigen Aufrechnung zu gestatten. Weshalb soll, wenn der Gläubiger einverstanden ist, ein Schuldner nicht zu ihm kommen dürfen und sagen: „Hier sind 100 Thlr.; vielleicht bedarf ich ihrer morgen anderweit, dann gestatte mir, sie wiederabzuholen; komme ich nicht, so sollen sie eine Zahlung auf meine Darlehnsschuld sein." Weshalb soll nicht auch ein Gläubiger, der zugleich Schuldner des anderen Theils ist, zu diesem sagen dürfen: „Ich wollte gern meine Forderung an Dich zum Betrage von 1000 Mark voll und ganz behalten, und hoffe, die 121 Mark, welche ich Dir schulde, Dir morgen aus einer erwarteten Einnahme zahlen zu können; wo nicht, so sollen die 121 Mark auf die 1000 Mark abgerechnet sein". Es empfiehlt sich also für „ist unwirksam" zu sagen: „kann von dem anderen Theile abgelehnt werden". Jedenfalls muß daneben zulässig sein, und soll es auch vielleicht nach dem Entwurfe schon sein, die **unbedingte** Erklärung der Aufrechnung mit einer bedingten oder betagten Schuld. Dafür, daß es unzulässig sein sollte, meinem Gläubiger schon heute zu erklären, eine morgen fällig werdende Schuld solle aufgerechnet werden, ist doch kein vernünftiger Grund einzusehen. Selbstverständlich kann auch hier der andere Theil, das Wirksamwerden einer solchen Erklärung dadurch hindern, daß er schon heute sein Geld von mir einzieht. Fordert er solches aber gar nicht, so wäre es doch in der That ein nutzloser Formalismus, zu verlangen, daß die heute abgegebene Erklärung morgen, nach Fälligkeit, nochmals wiederholt wird.

VIII.

Der § 284 bestimmt:

„Hat der eine oder der andere Gläubiger mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so steht dem aufrechnenden Gläubiger die Wahl unter den Forderungen zu, welche durch die Aufrechnung erlöschen sollen. Ist die Aufrechnung ohne die Wahl erklärt, so finden die Vorschriften des § 267 Abs. 2 entsprechende Anwendung"

und die Motive bemerken hierzu:

„Eine andere in Theorie und Praxis viel erörterte Frage, diejenige der Zulässigkeit der replica compensationis, kann

nach dem Entwurfe nicht zweifelhaft sein. Durch die Aufrechnungserklärung bringt der erklärende Theil die sich gegenüberstehenden Forderungen unmittelbar zum Erlöschen. Der andere Theil kann jene Replik nur insofern geltend machen, als er sich darauf beruft, daß ein entgegenstehender Kompensationsvertrag vorliege, oder daß er seinerseits zuvor durch Aufrechnung einer anderen ihm zustehenden Forderung gegen die vom Gegner zur Aufrechnung verwendete Forderung diese getilgt habe."

Danach wird man also in Zukunft eine Replik der Kompensation nur darauf stützen konnen, daß man früher schon anders aufrechnen zu wollen, ausdrücklich erklärt habe. Denn die Aufrechnung geschieht ja nur durch ausdrückliche Erklärung. Die Replik der Kompensation wird aber nicht, wie solches nach **richtiger** Auffassung des gemeinen Rechts — cfr. Windscheid Pandekten II § 349 i. f. — bisher zulässig war, schon darauf gestützt werden können, daß die einredeweise und die replicando verwertheten Forderungen älter sind als die eingeklagte, und eher einander kompensabel gegenüber standen.

Diese im Entwurf gegebene, eine alte Streitfrage entscheidende Bestimmung schließt zwar jeden Zweifel aus, ist aber nicht konsequent und gerecht. Dem vom Entwurfe adoptirten Prinzipe der Zurückziehung der Folgen der Kompensationserklärung und der Billigkeit hätte es besser entsprochen, dasjenige zum Gesetz zu erheben, was nach der Ansicht Windscheid's und anderer schon jetzt gemeinen Rechtens.

Durch die Zurückbeziehung der Folgen der Erklärung erkennt man an, daß schon das Gegenüberstehen zweier Forderungen eine Einrede begründet, deren Geltendmachung zwar in dem Willen der Betheiligten liegt, welche aber, wenn geltend gemacht, zwingt, die eine Forderung als vom Augenblicke des Entgegenstehens der zweiten ope exceptionis unwirksam anzusehen und zu behandeln. So kann man auch, wenn man, ohne zu kompensiren, eine Forderung zahlt, gegen welche man eine Gegenforderung hatte, nach gemeinem Recht nachträglich kommen und sagen: Die bezahlte Forderung wurde nicht geschuldet, war ein indebitum, schon damals ein indebitum, denn es stand ihr eine Kompensationseinrede gegenüber. In Konsequenz dieser Anschauung muß der Kläger, wenn der zur Einrede der Kompensation verwertheten Forderung die replicando verwerthete eher gegenüberstand, als die eingeklagte entstand, sagen können:

Du kannst nicht kompensiren; denn die Forderung, mit welcher Du kompensiren willst, ist werthlos, und war schon werthlos, als ich die eingeklagte Forderung erwarb.

Ein Beispiel aus der Praxis wird dies noch anschaulicher machen und zugleich lehren, welche Entscheidung der oberwähnten Streitfrage der Billigkeit am Besten entspricht.

Ein Kaufmann hat einem Dekorationsmaler Ende 1884 Kolonialwaaren geliefert, und, da derselbe ein schlechter Zahler, sich von ihm im Beginn des Jahres 1885 verschiedene Arbeiten machen lassen, welche den Betrag der Forderung decken, ohne besonders zu erklären, daß er kompensiren wolle. Im Jahre 1886 liefert er wiederum Waaren, — nehmen wir der Einfachheit wegen an für rund 100 Mark im Jahre 1884, wie 1886 — und verklagt den Empfänger nach verschiedenen vergeblichen Mahnungen im Jahre 1887 auf den Betrag der letzten Waarenforderung. Der Maler wendet ein, er habe eine Gegenforderung aus dem Jahre 1885, der Kaufmann replicirt, die werde ja aufgewogen durch eine 14 Tage vorher erfolgte Waarenlieferung de 1884. Soll diese Replik unzulässig sein? Soll der Kaufmann mit seiner Klage abgewiesen werden und gezwungen werden, neu zu klagen? Und wie, wenn nun etwa nach dem maßgebenden Landesrecht die Klage aus dem Jahre 1884 — wegen Ablaufs der zweijährigen Frist — verjährt sein würde? Zu einer Klage hatte der Kaufmann im Jahre 1885 und bis zur zweiten Lieferung im Jahre 1886 ja gar keinen Anlaß. Würde nicht jeder ehrliche und vernünftige Mensch sagen, die beiden ersten 100 Mark heben sich auf, und die desfallsige Erklärung muß, wenn noch nicht erfolgt, jeden Augenblick nachgeholt werden können? Wenn es dem Schuldner gestattet sein soll, sich darauf zu berufen, daß diese Erklärung nicht schon früher ausdrücklich abgegeben sei, so heißt man damit ein Verfahren gut, welches unserem Rechtsgefühl entschieden widerstrebt. Lasse man ipso jure compensari, d. h. sehe man, wenn ein Theil erklärt, kompensiren zu wollen, die Sache so an, als sei die Kompensation schon von selbst eingetreten und komme es somit auf ihre Erklärung und den Zeitpunkt derselben gar nicht an. Dann haben sich die beiden älteren Forderungen, — von selbst bezw. vermöge der zu fingirenden oder zurückzuziehenden Erklärung des Klägers — schon eher aufgehoben, als die eingeklagte Forderung entstand und Beklagter überhaupt in die Lage kam, kompensiren zu können.

IX.

Der § 290 stellt dem vertragsmäßigen Erlaß einer Schuld die vertragsmäßige Anerkennung der Nichtexistenz einer Schuld gleich. Obwohl diese Gleichstellung vielleicht der Theorie Bähr's und anderer Rechtslehrer vom Anerkennungsvertrage entspricht, so dürfte sie doch vom praktischen Standpunkte aus in hohem Grade bedenklich sein. Es wird damit, — da beide, Erlaß und Anerkennung, vertragsmäßig sein müssen — die Anerkennung dem Erlaß gleichgestellt, und bleibt bei einem materiell unrichtigen Anerkenntnisse nur eine Kondiktion. Richtiger wäre es wohl gewesen, das vertragsmäßige Anerkenntniß nur als Beweismittel anzusehen, als ein Mittel zum vollen, jedoch widerlegbaren Beweise.

Die Anerkennung will in dubio nicht konstitutiv wirken, sondern nur das, was ist, feststellen; eben dadurch unterscheidet sie sich vom Verzicht. Wenn die Betheiligten ein Anerkenntniß abgeben, ist es willkürlich, hineinzuinterpretiren, daß nun eventuell auch verzichtet werden solle.

Die formale, volle Beweiskraft eines jeden einem anderen gegenüber abgegebenen Anerkenntnisses beruht, können wir sagen, auf einem Vertrage, dem Vertrage, das Anerkannte für wahr gelten lassen zu wollen, vorbehaltlich des Gegenbeweises. Ein jedes, oder doch fast jedes mit dem animus confitendi abgegebene Anerkenntniß einer Nichtschuld läßt sich somit unter § 290 bringen und dieser beseitigt somit gänzlich oder fast gänzlich die Möglichkeit eines vertragsmäßigen, lediglich den Beweis ersetzenden Anerkenntnisses, obwohl man gewiß nicht sagen kann, daß ein solches Anerkenntniß mit schwächerer Wirkung in unserem Rechtsleben durchaus überflüssig sei. Wozu gebrauchen denn die Interessenten, wenn sie damit ein und dasselbe bezeichnen wollen, im Rechtsverkehr zwei verschiedene Ausdrücke: „Ich erlasse die Schuld" und „ich erkenne an u. s. w." Wollen sie aber damit, wie anzunehmen, etwas Verschiedenes bezeichnen, so ist es ungerecht und wird sich rächen, gesetzlich den Richter zu zwingen, ein und dasselbe darunter zu verstehen.

Zudem bleiben nach § 279 wichtige Fragen, und grade die praktischsten offen. Die Motive bemerken zu ihm pag. 116:

> „Eine Entscheidung der Frage, inwiefern eine Quittung als ein abstrakter Erlaßvertrag oder negativer Anerkennungsvertrag anzusehen ist, so daß dieselbe materiell

das Erlöschen des Schuldverhältnisses in gleicher Art, wie die Erfüllung, bewirkt, ist weder erforderlich noch räthlich."

Es ist oben schon darzulegen versucht, daß jedes dem anderen Theile gegenüber abgegebene, und von diesem ausdrücklich oder stillschweigend angenommene Anerkenntniß, also auch wohl das in der erbetenen bezw. entgegengenommenen Quittung enthaltene Anerkenntniß der Nichtschuld ein vertragsmäßiges ist, und also mit anderen Worten in jeder Quittung auch ein Erlaß zu finden sein würde. Es wird nicht immer, ja wohl in den seltensten Fällen möglich sein, dem Quittirenden mit Hülfe der Grundsätze über Bereicherung von den üblen Folgen dieser ihm aufoktroyirten Erlaßabsicht zu befreien, und es wird jede Quittung zum Fallstrick für den Quittirenden werden.

Will man aber mit den Motiven Unterschiede machen, und in der einfach zugesandten Quittung kein vertragsmäßiges Anerkenntniß finden, wohl aber eine Quittung, welche sich in einem Vertragsinstrumente findet u. s. w., so kommt man in jedem einzelnen Falle einer Quittungsertheilung in die größten, schwer zu lösendsten Zweifel und es wird oft rein von Zufälligkeiten, — z. B. der Gelegenheit, bei der eine Quittung ertheilt wird, ob der Schuldner selbst bei Abgabe der Quittung persönlich angetroffen wird u. s. w. —, abhängen, ob man die Quittung als eine vertragsmäßige ansieht und dem Quittirenden einen Schulderlaß imputirt oder nicht.

X.

Nach § 315 kann ein Gläubiger, welcher zu dem zwischen seinem bisherigen Schuldner und einem Dritten geschlossenen Schuldübernahmevertrage die Einwilligung versagt hat, diese Einwilligung nachträglich nur ertheilen, wenn er nochmals dazu aufgefordert wird.

Das Gesetz, wie die Motive pag. 144 i. f. lassen hier dunkel, ob die erneute Aufforderung von beiden Betheiligten, — Schuldner und Dritten —, ausgehen muß oder auch von einem derselben wirksam erlassen werden kann.

XI.

Der § 319 bestimmt:

„Uebernimmt Jemand durch Vertrag das ganze gegenwärtige Vermögen eines Anderen, so haftet er den Gläubigern des letzteren von der Schließung des Vertrages an für die zu

dieser Zeit vorhandenen Schulden, jedoch nicht über den Werth des Aktivvermögens hinaus und unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners. Wird das Aktivvermögen, bevor es dem Uebernehmer ausgefolgt ist, ohne dessen Verschulden vermindert, so haftet der Uebernehmer nicht über den Werth des übrig gebliebenen Vermögens hinaus.

Eine Vereinbarung, durch welche die im ersten Absatze vorgeschriebene Haftung ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nichtig.

Im Falle der Uebernahme nur eines Bruchtheils des Vermögens finden die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes entsprechende Anwendung."

Offenbar soll, wie auch die Motive erkennen lassen, die Haftung des Uebernehmers für die Schulden bis zum Betrage des Aktivvermögens auch Platz greifen, wenn jemand nur das gesammte Aktivvermögen, ohne die Schulden, erwirbt. Um dies anzudeuten, wird aber die Redaktion des § 319 eine bessere, vollständigere sein müssen. Denn wenn Absatz 2 bestimmt, daß die in Alinea 1 verordnete Haftung für Schulden nicht vertragsmäßig beseitigt oder gemindert werden könne, so ändert der Absatz 2 doch nichts an der Voraussetzung des Alinea 1 — der Uebernahme des ganzen Vermögens —; es soll ja nur an den Folgen nichts durch Vertrag geändert werden können. Die Lücke wird auch nicht ergänzt durch Alinea 3, denn die Uebernahme nur der Aktiva ist nicht Uebernahme eines Bruchtheils des Vermögens, einer Vermögensquote.

XII.

Die §§ 330, 331 und 333, welche bestimmen:

(§ 330.)

„Die dem Schuldner gegen einen Gesammtgläubiger zustehende Gegenforderung kann nicht den übrigen Gesammtgläubigern, die einem Gesammtschuldner gegen den Gläubiger zustehende Gegenforderung kann nicht von den übrigen Gesammtschuldnern aufgerechnet werden."

(§ 331.)

„Die zwischen dem Schuldner und einem Gesammtgläubiger erfolgte Aufrechnung wirkt auch gegen die übrigen Gesammtgläubiger, die zwischen einem Gesammtschuldner und dem

Gläubiger erfolgte Aufrechnung auch für die übrigen Gesammtschuldner."

(§ 333.)

„Die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person eines Gesammtgläubigers oder eines Gesammtschuldners wirkt nicht gegen die übrigen Gesammtgläubiger oder für die übrigen Gesammtgläubiger."

müssen im Zusammenhange betrachtet und besprochen werden. Sie enthalten in §§ 330 und 333 ein und denselben Fehler, den nämlich, daß man sich durch die anscheinende Gleichheit der Rechtslage hat bestimmen lassen, die gleichen Bestimmungen für den Fall der Correalgläubiger und Correalschuldner zu treffen. Was § 330 bestimmt, paßt nur für den Fall der correi debendi, nicht auch der correi credendi. Die Kompensation ist, wie auch das Wort schon besagt, eine beiderseitige Zahlung, bei der man sich nur das nutzlose Hin- und Herschieben des Geldes erspart. Der eine correus debendi kann sich nicht auf die Forderung des anderen correus kompensirend berufen. Er kann, wie die Motive ganz richtig bemerken, ja nicht das Geld des anderen correus für sich verwerthen, er kann nicht dessen Forderung einziehen, kann also auch nicht sagen: ich will die Forderung als eingezogen und den eingezogenen Betrag als Dir hiermit zurückgegeben ansehen. Anders bei den correi credendi. Während bei den correi debendi der nicht forderungsberechtigte dritte correus den Gläubiger und den eine Gegenforderung besitzenden correus debendi nicht zwingen kann, zu kompensiren, kann bei den correi credendi der gemeinsame Schuldner, welchem eine Gegenforderung gegen den correus A. zusteht, jeden Augenblick die Kompensation erzwingen. Er geht zu A. und erklärt, er rechne auf. Dann können nach § 331 die anderen correi credendi nichts mehr fordern. Soll es nun einen Unterschied machen, ob der Schuldner, wenn er den correus B. kommen sieht, noch rasch hinüberläuft zu A. und seine Kompensationserklärung abgiebt oder ob er etwa A. nicht zu Hause trifft. Und wenn B. eher kommt, hat der Schuldner nicht immer — wie nach gemeinem Recht — noch die Befugniß an den correus A. zu zahlen und somit auch zu kompensiren?

Bei den mehreren correi debendi hat der Gläubiger den Vorzug, sich seinen Schuldner wählen zu können. Er wird also — wenn er grade baares Geld braucht — sich denjenigen correus auswählen, der keine Gegenforderung besitzt, ohne daß dieser es hindern kann; bei

den mehreren correi credendi wird sich der Schuldner, wenn er eine Gegenforderung besitzt, denjenigen, um an ihn zu zahlen, wählen, der ihm wieder schuldet, bei dem er somit baares Geld gar nicht gebraucht, um Zahlung zu leisten und Rückzahlung zu empfangen, um zu kompensiren. Daher der Unterschied.

Diesem Unterschied hätte der Entwurf auch Rechnung tragen sollen in § 333. Die confusio — die Vereinigung der Person des Gläubigers und Schuldners — ist am Richtigsten als eine Zahlung an sich selbst aufzufassen. Wenn ein correus debendi A. von dem Gläubiger beerbt wird, so nimmt der Gläubiger nicht das Geld von sich selbst, vielmehr lieber von einem der anderen correi debendi. Müßte er das Geld als von sich selbst an sich gezahlt ansehen, so hätte er, während die Mithaftung von A. neben den übrigen correi debendi zu seinem Vortheil festgesetzt ist und gereichen soll, davon Schaden, daß auch A. ihm haftete. Er geht also nicht an den Nachlaß des A. und macht sich nicht aus diesem bezahlt, steckt nicht aus der einen Tasche das Geld in die andere, läßt vielmehr den Nachlaß unangerührt und hält sich an B. oder C., wie ihm dies freisteht.

Wenn aber ein correus credendi den gemeinsamen Schuldner beerbt, so wird er natürlich lieber, als an einen Dritten, an sich selbst zahlen. Er ist auch in der Lage, den anderen correi credendi zuvorzukommen und nimmt schleunigst aus dem Nachlasse das Geld. Kommen die anderen, so sagt er: ich habe bereits an mich bezahlt. Da der Akt der Selbstzahlung kein äußerlicher, vielmehr rein innerlicher ist, genügt diese seine Erklärung. Mit anderen Worten, eine die Zahlung ersetzende für die übrigen correi wirkende confusio muß man da eintreten lassen, wo derjenige, der beide vereinigte Vermögen in der Hand hat, Zahlung aus dem einen in das andere leisten würde, wenn eine äußerlich sich vollziehende Zahlung noch denkbar und nicht nur eine Form wäre; die confusio mit Wirkung für die übrigen correi darf da nicht eintreten, wo die Annahme einer erfolgten Zahlung aus dem einen in das andere Vermögen der Intention des Inhabers leider widerspricht.

Dies dürfte, trotz Vangerow, Savigny und Windscheid, nach richtiger Auffassung, auch bereits geltendes gemeines Recht sein und jedenfalls ist Angesichts von Arndts Pandekten § 273 Anm. 1 nicht recht verständlich, wie die Motive pag. 166 behaupten können:

„. . . . es beschränkt sich daher die Wirkung der Konfusion auf denjenigen Gesammtschuldner oder Gesammtgläubiger, in

dessen Person sie erfolgt ist. Dies ist im geltenden Rechte allerseits anerkannt . . . ."

Auch Fitting ist der vorstehend vertheidigten Ansicht. Wenn Windscheid gegen Fitting einwendet, daß eine Selbstwahl des Correalgläubigers, in dessen Person sie confusio eingetreten, nicht möglich sei, weil in Folge der confusio der Correalgläubiger nicht mehr sein eigener Gläubiger bezw. Schuldner sei, so dürfte solches, — bei allem Respekt vor der Autorität Windscheids —, nur eine Redewendung, kein sachlicher Gegengrund sein.

Wenn nach eingetretener confusio das Recht, eine Obligation nicht mehr anerkennt, so ist damit die Frage doch noch nicht entschieden, ob wir ihre Nichtexistenz auf eine Selbstzahlung oder lediglich auf die Unmöglichkeit, daß eine Person die Gläubiger- und Schuldnerrolle bekleide, zurückführen sollen. Außerdem, weshalb erkennt denn das Recht die Vereinigung beider Rollen in einer Person nicht an? Weil es Aufgabe des Rechts ist, die Verhältnisse der Menschen zu einander zu regeln. Eben deshalb bekümmert sich das Recht nicht um die Moral, — sofern Dritte nicht verletzt werden — und eben deshalb sagt das Recht, sobald jemand sein eigener Schuldner geworden: Mache das mit Dir selbst aus; für mich hat das Schuldverhältniß aufgehört zu existiren. Das schließt aber keineswegs aus, daß im Verhältniß zu Dritten doch wieder die Coexistenz von Forderung und Schuld in derselben Person wirksam wird. Denn da fällt eben der Grund, weshalb nach geschehener confusio sich das Recht um das Schuldverhältniß nicht mehr bekümmert, weg. So kann auch niemand ein Pfandrecht an seiner eigenen Sache haben und doch kann es wirksam bleiben im Verhältniß zu Dritten. Ein anderes Beispiel macht vielleicht noch deutlicher, was ich mit diesen Bemerkungen sagen will.

Nemini res sua servit. Man hat nun wohl gefragt, kann der Gutsherr, der Obereigenthümer, eine Servitut an dem Grundstück seines Meiers haben? Gewiß. Jener römische Satz sagt nichts anderes als: Es hat keinen praktischen Werth, bei dem Eigenthümer, dem alle Befugnisse zustehen, noch besondere servitutische Rechte anzunehmen. Es ist einfacher, denn schlechtweg vom Eigenthum zu sprechen, grade so, wie man für $A - b + b$ einfacher A sagt. Wenn aber von A, dem Eigenthum, abgetrennt ist B, das Untereigenthum, und hinzugefügt wird b, die Servitut, so kann man nicht B und b gegeneinander aufheben. Der Satz: Res propria nemini servit ist

nicht dazu da, um praktische Konsequenzen daraus zu ziehen, vielmehr nur, um etwas Selbstverständliches zu formuliren; er cessirt, so weit jener Satz mehr sagt oder zu sagen scheint, als selbstverständlich. So zieht auch die römisch-rechtliche Lehre von der confusio, — welche die Quellen ausdrücklich mit einer Zahlung vergleichen, — nur ohnehin selbstverständliche Konsequenzen und bringt diese in eine Formel. Es würde aber unrichtig sein, aus dieser Formel nun in zweifelhaften Fragen die Entscheidung herleiten zu wollen und zwar eine Entscheidung, welche, wie Arndts zutreffend ausführt, der Billigkeit durchaus widerspricht.

Das Recht der Schuldverhältnisse im Allgemeinen, verglichen mit den treffenden Bestimmungen des code civil.

Von Rechtsanwalt **Gebhart** in Zweibrücken.

Der code civil behandelt den hier einschlägigen Stoff in den Art. 1101—1314 unter dem Titel „des contrats ou des obligations conventionelles en général".

Der französische Gesetzgeber hat in diesem Titel Alles zusammengeworfen — Erfordernisse der Giltigkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt, Bestimmungen über Schuldverhältnisse im Allgemeinen und solche speziell über Verträge. —

Der Entwurf hat logisch geschieden und im 1. Abschnitt des 2. Buches die allen Schuldverhältnissen, gleichgiltig, welches ihre Grundlage ist, gemeinsamen Grundsätze und erst in den weiteren Abschnitten die auf die verschiedenen Arten von Schuldverhältnissen bezüglichen Vorschriften aufgeführt, während die Erfordernisse der Rechtsgeschäfte überhaupt schon im 4. Abschnitte des 1. Buches enthalten sind.

Uebereinstimmend mit dem code civil behandelt der Entwurf die sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten nicht im Allgemeinen; aber nach den Motiven S. 3 will der Entwurf überhaupt die unvollkommene Obligation reprobiren, indem er unter Schuldverhältniß grundsätzlich nur „die klagbare Obligation" verstanden haben will, und eine unvollkommene Obligation nur insoferne anerkennt, als durch positive Bestimmungen eine Obligation, welche nach allgemeinen Grundsätzen begründet sein würde, nur in unvollkommener Weise zur Geltung kommt. Diese Fälle sind am angeführten Orte der Motive aufgestellt. —

Die Praxis kann dieses Vorgehen des Entwurfes nur begrüßen; die französische Doktrin hat den Begriff der natürlichen Obligation weit gefaßt; im Einzelnen war Streit über die darunter zu fassenden Fälle; auch war man nicht einig, ob ein Erfüllungsversprechen die naturalis obligatio klagbar mache; während die Praxis in Frankreich sich dafür aussprach, hat das Reichsgericht wiederholt das Gegentheil erkannt.

Der erste Titel behandelt „den Gegenstand der Schuldverhältnisse“ d. h. die Handlung, zu welcher das Forderungsrecht des Gläubigers den Schuldner verpflichtet. Nach dem Vorgange Windscheid's nennt der Entwurf diesen Gegenstand „Leistung“, welche ein Thun oder Unterlassen sein kann. Der Art. 1126 c. c. hat die alte Dreitheilung, insoferne er noch „das Geben“ besonders aufführt; diese Art der Leistung ist im „Thun“ enthalten. Allgemeine Vorschriften über die erforderliche Beschaffenheit der Leistung, wie sie der code civil in den Art. 1127—1130 giebt, enthält der Entwurf nicht, und zwar nach den Motiven deshalb nicht, weil die speziellen Vorschriften für Verträge ꝛc. genügend sind und auf gesetzliche Obligationen solche allgemeine Vorschriften überhaupt nicht passen. (Motive S. 6.)

Wichtig ist, daß der Entwurf sich grundsätzlich auf den Standpunkt stellt, daß kein vermögensrechtliches Interesse zum Wesen der Obligation gehöre.

Diesen Standpunkt vertritt bekanntlich Windscheid im Gegensatze zur früher herrschenden Meinung des gemeinen Rechtes; die französische Rechtsprechung und Doktrin hat ihn namentlich für das Gebiet der Schadenersatzleistung anerkannt.

Die neuere Rechtsentwicklung drängt zur Anerkennung dieses Grundsatzes, daß auch ein anderes schutzwürdige Interesse des Gläubigers zu schützen sei. —

Als ein Beispiel führt Windscheid an:

> Ich lasse mir von meinem Nachbarn versprechen, daß derselbe während meiner Arbeiten das Klavierspielen unterlasse. —

Die §§ 207—212 behandeln die sogenannte alternative Obligation (code civil Art. 1189—1196).

Während der code civil nach Art. 1189 c. c. die Konzentration erst mit der Leistung des einen Inhaltes und erst vom Zeitpunkte derselben eintreten läßt, tritt dieselbe nach dem Entwurfe mit der Erklärung der Wahl und zwar mit Rückwirkung auf die Zeit

der Begründung ein. Diese Bestimmung entspricht der modernen Rechtsentwicklung und den Bedürfnissen des Verkehres.

Entgegen der herrschenden Meinung giebt § 210 dem Schuldner sogar noch im Exekutionsstadium das Wahlrecht. Die gegentheilige Anschauung, daß durch Einleitung der Exekution die Obligation sich konzentrire, ist vom praktischen Standpunkt aus vorzuziehen; hat der Schuldner es, ohne sein Wahlrecht auszuüben, bis zur Exekution kommen lassen, so muß ein Verzicht auf dasselbe angenommen werden.

§ 211 läßt die Konzentration eintreten, wenn ein Leistungsinhalt ohne Schuld des Schuldners unmöglich ist oder wird, wie Art. 1193 c. c., konsequenter Weise wird der Schuldner ganz liberirt, wenn sämmtliche Leistungen ohne seine Schuld unmöglich werden; sind sie dies schon von Anfang, ist das Schuldverhältniß nichtig (§§ 343 und 344; Art. 1195 c. c.).

Vorschriften über die verschiedenen Fälle, wenn eine oder einige Leistungen durch ein Verschulden des Schuldners oder Gläubigers, oder wenn die eine durch Verschulden, die andere durch Zufall unmöglich wird (code civil Art. 1193 und 1194 c. c.), giebt der Entwurf nicht, sondern regelt diese Fragen im 2. Absatze des § 211 nach den „allgemeinen Vorschriften über das Verschulden".

Wenn der Gesetzgeber alle diese einzelnen Fälle regeln wollte, müßten kasuistische Bestimmungen getroffen werden, welche den Gegenstand doch kaum erschöpfen dürften, wie auch die Bestimmungen des französischen Rechts nicht als mustergiltig angesehen werden können.

Die §§ 213 und 214 behandeln die sogenannte „generische Obligation". Der code civil trifft hierüber nur im Art. 1246 c. c. unter dem Titel der Zahlung die Bestimmung, daß der Schuldner nicht die beste, aber auch nicht die schlechteste Gattung zu wählen hat. Anschließend an diese Bestimmung und Art. 335 des H. G. B. verpflichtet der Entwurf den Schuldner zur Auswahl einer Sache „von mittlerer Art und Güte". Nach § 214 tritt die Konzentration hier erst mit der Uebergabe der ausgewählten Sache und nicht mit rückwirkender Kraft ein, soferne nicht wie im Falle des § 257, Abs. 2 (Annahmeverzug des Gläubigers) oder § 465 (Uebersendung der gekauften Sache an einen andern als den Erfüllungsort) die Gefahr schon früher auf den Gläubiger übergegangen ist.

Mit § 215 geht der Entwurf, auch hier Windscheid folgend, auf einige besondere Gegenstände von Forderungsrechten über und zwar zunächst auf die „Geldleistung", welche der code civil nur in

Art. 1895 c. c. beim Darlehnsvertrag berührt. Auf dem Boden des durch die Reichsmünzgesetzgebung (Reichsgesetze vom 16. Juni 1870, 30. April 1874, 13. Juli 1875 und 14. März 1875) eingeführten gesetzlichen Währungssystemes ist nur für wenige besondere Vorschriften Bedürfniß gegeben; die Vorschrift, daß auch eine in ausländischer Währung ausgedrückte im Inlande zahlbare Schuld in Reichswährung nach dem Courswerthe am Orte der Zahlung zu leisten ist, ist entsprechend auch auf den Fall anzuwenden, daß nach besonderer Verabredung eine in Reichswährung ausgedrückte Schuld in ausländischer Währung zu zahlen sei. Nach § 216 ist die Bestimmung, daß eine Geldschuld in bestimmten Münzsorten gezahlt werden solle, zulässig; sind dieselben zur Zeit der Zahlung überhaupt nicht mehr in Umlauf, so gilt die Bestimmung als non scripta.

Diese Bestimmungen sind zweckentsprechend.

Wie die Motive S. 14 ausführen, wollte der Entwurf den Fall, daß nach dem Inhalt eines Schuldverhältnisses eine gewisse Quantität einer bestimmten Geldsorte zu liefern sei, nicht besonders regeln, sondern sieht ein solches Schuldverhältniß als ein „generisches“ an, das nach den hierfür geltenden Bestimmungen zu beurtheilen ist.

In § 217 wird übereinstimmend mit dem französischen Rechte die Höhe des gesetzlichen Zinsfußes auf 5 % normirt und der Grundsatz anerkannt, daß Zinsverpflichtung sich nie von selbst versteht. In den §§ 218—223 wird die Verpflichtung zur Leistung des Interesse oder Schaden geregelt; (code civil Art. 1146 sequ. und für außervertragliche Verhältnisse Art. 1382 sequ.).

In Uebereinstimmung mit dem code civil ist sowohl erlittene Vermögenseinbuße, wie auch entgangener Gewinn zu ersetzen; dagegen geht der Entwurf weiter als die Art. 1150 und 1151 c. c., der Schadenersatzpflichtige hat nicht blos den voraussehbaren Schaden zu ersetzen und haftet auch für mittelbar eingetretenen Schaden.

Nach dem vom Entwurfe adoptirten Grundsatze, daß der Umfang des eingetretenen Schadens den Umfang des zu leistenden Ersatzes bestimme, sind diese Bestimmungen selbstverständlich und vom Standpunkte der Praxis aus zu begrüßen, da die gegentheiligen einschränkenden Bestimmungen der Art. 1150—1151 c. c. nur zu unsicheren Resultaten führen.

Nur bezüglich des entgangenen Gewinnes trifft Abs. 2 des § 218 die praktische Bestimmung, daß die Wahrscheinlichkeit, der Be-

schädigte würde den Gewinn erlangt haben, genügend und nothwendig sei. § 219 spricht das Princip der Wiederherstellungspflicht aus, und giebt nur für den Fall der Unausführbarkeit der Wiederherstellung, ein Recht, Geldentschädigung zu begehren, während nach französischem Rechte in der Regel Geldentschädigung zuzubilligen ist und Art. 1143 und 1144 c. c. nur Ausnahmen hiervon bilden.

Wenn auch die Bestimmung des Entwurfes „die Rechtslogik" für sich hat, so ist doch praktischer, die Geldentschädigung als Regel der Art der Schadenersatzleistung aufzustellen; denn in den meisten Fällen wird die Wiederherstellung unmöglich, ungenügend oder verspätet sein.

Nach dem Entwurfe wird der Gläubiger statt eines zwei Prozesse zu führen haben; im ersten wird er die Schadenersatzverpflichtung und Ausspruch zur Wiederherstellung feststellen lassen und im zweiten dann die Geldentschädigung fordern, falls der Schuldner nicht wiederherstellt. § 223 gibt hiergegen auch kein genügendes Schutzmittel; denn die hier fingirte Unmöglichkeit der Restitution setzt immer ein rechtskräftiges zur Leistung verurtheilendes Erkenntniß voraus.

§ 220 spricht die Ersatzpflicht des „außerordentlichen Werthes" eines Gegenstandes, d. h. desjenigen, welcher in besonderen Verhältnissen des Gläubigers seine Grundlage hat, aus. Diese Bestimmung gilt nur für die Schadenersatzpflicht; wenn sonst das Gesetz Verpflichtung zum Werthersatz ausspricht, ist nur der gemeine Werth verstanden. Dagegen ist nach dem Entwurfe, wie nach französischem und gemeinem Rechte der Affectionswerth, welcher nur in subjectiven Stimmungen des Gläubigers begründet ist, nicht ersatzfähig.

§ 221 spricht den Grundsatz aus, daß wegen nicht vermögensrechtlichen Schadens nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen Entschädigung begehrt werden kann.

Obwohl der Entwurf das Prinzip anerkennt, daß zum Wesen eines Schuldverhältnisses vermögensrechtliches Interesse nicht gehöre, zieht er doch hieraus nicht die Konsequenz, daß bei Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses der Anspruch auf eine Ausgleichung durch Leistung einer Geldentschädigung zulässig sein solle. —

Nur bei einigen Deliktsansprüchen macht der Entwurf eine Ausnahme (§§ 726, 728, 734, 735 und 736: Körperverletzung, Freiheitsentziehung, sittliche Verbrechen gegen eine Frau, Schadenersatz, verursacht durch Thiere und Gebäude; Schadenzufügung durch Beamte). —

Die französische Praxis statuirte bei Deliktsklagen auch Entschädigungspflicht für „dommage morales" oder „Verletzung gerechtfertigter Gefühle" (Kränkung des Ehrgefühls, Erregung körperlicher oder seelischer Schmerzen).

Das Reichsgericht hat in seinem Urtheile vom 27. Juni 1882 zur gegentheiligen Anschauung sich bekannt, ohne daß seine Gründe durchschlagend oder überzeugend sind.

Der Entwurf trifft meines Erachtens das Richtige, indem er diese Ersatzpflicht nur auf solche Fälle beschränkt, welche ihrer Natur nach entweder körperliche Schmerzen verursachen, oder den Verletzten im Rechte der freien Verfügung über seine Person beeinträchtigen oder die weibliche Ehre auf's Tiefste angreifen.

Dieser Anspruch ist noch insoferne beschränkt, als er höchst persönlich ist; nur im Falle der vertragsmäßigen Anerkennung oder Rechtshängigkeit ist er vererbbar und übertragbar.

§ 222 regelt den Fall der culpa concurrens ganz in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der französischen Doktrin und Praxis.

§ 223 trifft eine dem französischen Rechte fremde Bestimmung, wonach bei Ansprüchen auf Herausgabe oder Restitution einer Sache der wegen Verlustes der Sache ersatzpflichtige Schuldner mit Leistung des Ersatzes von Rechtswegen in die dem Entschädigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche eingesetzt wird; wenn z. B. bei der Gebrauchsleihe der Entleiher für den Verlust der Sache dem Verleiher Entschädigung leisten müßte und hinterher wird die Sache aufgefunden, so kann der Entleiher kraft eigenen Rechts die dem Verleiher zustehenden Eigenthumsansprüche geltend machen. — Die Bestimmung erscheint gerecht und zweckmäßig, wenn sie auch praktisch nicht oft geltend gemacht werden kann.

Zweiter Titel.

Inhalt der Schuldverhältnisse.

I. Verpflichtung zur Leistung.

Der Inhalt der Schuldverhältnisse ist „der rechtliche Gehalt des Forderungsrechtes, die Macht, welche es dem Gläubiger gewährt".

§ 224 trifft die Bestimmung, daß der Schuldner die ihm obliegende Leistung vollständig zu machen hat; hiernach hat der Schuldner auch die Kosten der Erfüllung zu tragen, welche Bestimmung Art. 1248 c. c. besonders bei der Zahlung betont. Die Bestimmung,

daß der Schuldner wegen jeder culpa haftet, entspricht dem französischen Rechte; Ausnahmen kennen nur §§ 442, 550 und 750; außerdem lassen §§ 633, 1279 und 1317 die Milderung der diligentia quam suis zu. Weiter enthält § 224 die selbstverständliche Bestimmung, daß, wer nicht deliktsfähig ist, auch seine obligatorischen Verpflichtungen nicht durch ein Handeln im juristischen Sinne verletzen kann, und daß der Vertretene für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters haftet.

Wichtig ist die weitere Bestimmung, daß der Schuldner wegen des Verschuldens aller Personen haftet, deren er sich zur Bewirkung seiner Leistung bedient. Hiermit schließt sich der Entwurf an die französisch-rechtlichen Bestimmungen für das Gebiet der Vertragsverhältnisse an; es kann nur begrüßt werden, daß diese im gemeinen Rechte so bestrittene Frage in einer dem Verkehre dienenden, praktischen Weise im Entwurfe geregelt wurde.

§ 225 verbietet, übereinstimmend mit dem französischen Rechte, die Erlassung der Haftung wegen dolus; aber nicht wegen culpa lata, entgegen dem gemeinen und französischen Rechte.

Letztere Bestimmung scheint mir praktischer. Es ist in einzelnen Fällen die Grenze zwischen beiden Begriffen schwer zu ziehen; auch spricht der nämliche Grundsatz der öffentlichen Ordnung gegen diese Begünstigung der culpa lata. Den Ausweg, welchen die Motive zu § 225, Alinea 2 letzter Satz, andeuten, führt nur zu unnöthigen Prozessen.

Ob das pactum ne dolus praestetur den ganzen Vertrag ungiltig macht, hat der Entwurf absichtlich nicht entschieden, sondern mit Recht von der Ermittelung der Absicht der Parteien, ob sie ohne dies pactum das ganze Rechtsgeschäft gewollt hätten, abhängig gemacht. —

Die §§ 226 und 227 entsprechen im Wesentlichen den Art. 1236 und 1237 c. c.

§ 228 erklärt übereinstimmend mit Art. 1244 c. c. den Schuldner nicht zu Theilleistungen berechtigt. —

Windscheid macht in § 342 Nr. 3 eine Ausnahme für den Fall, daß der Schuldner die Schuld theilweise zugesteht, theilweise leugnet.

Da nach § 273 C. P. O. in solchen Fällen der Gläubiger berechtigt ist, Theilurtheil zu erwirken, dürfte es doch der Gerechtigkeit entsprechen, daß ihn auch der Schuldner zur theilweisen Annahme zwingen kann.

Die Bestimmungen über den Ort der Leistung weichen von den Bestimmungen des Art. 1247 c. c. nur insofern ab, als Geldzahlungen immer **Bringschulden** sind; nur wenn der Gläubiger seinen ursprünglichen Wohnsitz verändert, hat er die Kosten der Uebersendung zu tragen.

Diese Vorschriften rechtfertigen sich nach der heutigen Verkehrssitte und der Bequemlichkeit der heutigen Geldsendungen von selbst.

Die **Zeit** der Erfüllung ist in § 231 conform dem Art. 1187 c. c. normirt.

Mit Recht hat der Entwurf vermieden, bestimmte Regeln für Auslegung unbestimmter Ausdrücke über die Zeit der Leistung (ehestens, sobald als thunlich ꝛc.) aufzustellen; über den Sinn hat die Verkehrsgewohnheit und die Absicht der Parteien im einzelnen Falle zu entscheiden.

§ 232 verbietet den Abzug des sogenannten interusurium und ist für französisch-rechtliche Juristen selbstverständlich.

II. Zurückbehaltungrecht.

Dies Recht ist im französischen Recht nicht als ein allgemeines Rechtsinstitut geregelt, sondern nur für einzelne Fälle gesetzlich anerkannt in den Art. 867, 1612, 1613, 1673, 1748 und 1948. —

In der Doktrin hat sich eine Kontroverse erhoben, ob es nur auf diese Fälle zu beschränken, oder nicht wenigstens auf alle Fälle des debitum cum re junctum auszudehnen sei, wofür Zachariae und Demolombe sich aussprechen. Aubry und Rau nehmen in § 256 bis einen vermittelnden Standpunkt ein.

Der Entwurf hat in den §§ 233—236 das Zurückbehaltungsrecht allgemein anerkannt für den Fall der **Fälligkeit** des Anspruches des Schuldners gegen den Gläubiger und der **Konnexität** zwischen Anspruch und Gegenanspruch; desgleichen ist es anerkannt bei einer Forderung auf Herausgabe eines Gegenstandes für alle Gegenansprüche aus Verwendung auf denselben oder aus Schadenersatzzufügungen durch denselben.

Auch beschränkt der Entwurf dieses Recht nicht blos auf die Zurückbehaltung fremder Sachen gegenüber dem Anspruche auf Herausgabe, auch Rechte, Handlungen, die eigenen Sachen, zu deren Verschaffung der Schuldner verpflichtet ist, können, falls nur Konnexität vorliegt, zurückgehalten werden. Durch § 234 ist ausgesprochen, daß wenn der Schuldner zur **Vorleistung** verpflichtet ist, er das Re

tentionsrecht nicht ausüben kann, daß jedoch jeder der in dem zur Zurückhaltung berechtigenden Verhältnisse stehenden Theile gegen den Anderen auf Erfüllung Zug um Zug klagen und nach Maßgabe des § 365 die Zwangsvollstreckung betreiben kann, so daß die Bestimmung des § 234, Satz 1 dem Schuldner günstiger ist, als die des Art. 313, Abs. 2 H. G. B.

Der Gläubiger kann endlich durch Sicherheitsleistung — Bürgschaft ausgenommen — das Zurückbehaltungsrecht abwenden.

§ 235 bestimmt, daß, wenn es sich um Herausgabe eines Gegenstandes handelt, welchen der Schuldner durch vorsätzliches Delikt (z. B. Diebstahl) erlangt hat, selbst bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 233 kein Zurückbehaltungsrecht besteht; endlich kann die Retentionseinrede gegenüber der Besitzklage nicht geltend gemacht werden, weil dieser gegenüber petitorische Einreden ausgeschlossen sind.

Allgemeine Bestimmungen über ein gewisses Maß von Diligenz, welches der Retinent zu prästiren habe, hat der Entwurf absichtlich nicht aufgenommen, sondern mit Recht in den Motiven in dieser Richtung auf das konkrete Rechtsverhältniß, kraft dessen er zur Leistung des Retentionsobjektes verbunden ist, überwiesen.

§ 236 dehnt endlich die Bestimmungen der §§ 234 und 235 auch auf diejenigen Fälle aus, in welchen das Gesetzbuch speziell ein Retentionsrecht gibt. (§§ 915, 936, 938, Abs. 2).

Diese allgemeine Bestimmungen des Entwurfes über Zurückbehaltungsrecht werden gegenüber dem code civil als ein wesentlicher Fortschritt aufgefaßt werden dürfen; sie dehnen dies Recht nicht zu weit aus und erschweren seine Geltendmachung nicht.

III. Unmöglichkeit der Leistung und Folgen der Nichtleistung.

Der Entwurf versteht unter Unmöglichkeit der Leistung nur die „objektive“; war diese zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden, ist dasselbe nichtig (§ 344). Tritt sie nach Entstehung ein, so befreit sie den Schuldner, wenn sie in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes dauernd unmöglich geworden ist. Diese Bestimmung entspricht dem französischen Rechte (Art. 1302 und 1148 c. c.). Nur geht der Entwurf weiter als die bestehenden Rechte, welche nur die „durch Zufall oder ohne Verschulden des Schuldners eingetretene Unmöglichkeit“ den Schuldner liberiren

lassen. Da nämlich einerseits die Haftung des Schuldners über die Fahrlässigkeit hinaus bis zur Garantieübernahme gesteigert werden kann, anderseits der Schenkgeber nach § 442 und der Verleiher nach § 550 nur für dolus und culpa lata haften, erachtet der Entwurf durch die bisherigen Bestimmungen nicht alle Fälle für gedeckt und hat mit Recht einen allgemeinen Ausdruck gewählt.

Gegenüber der französischen Praxis bringt diese Ausdrucksweise keine Neuerung.

Der Absatz 2 läßt auch einen subjektiven Fall der Unmöglichkeit als befreiend gelten, wenn nämlich der Schuldner einen bestimmten Gegenstand zu leisten hatte, diese Leistung aber durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wurde; es deckt sich diese Bestimmung mit Art. 1302 Alinea 1 c. c.

§ 238 sanktionirt das auch in Art. 1303 c. c. gegebene „Surrogationsprinzip".

§ 239 überbürdet in Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte (Art. 1302, 1147 c. c.) die Beweislast dem Schuldner.

§ 240 erklärt den Schuldner für entschädigungspflichtig, wenn in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes die Leistung unmöglich wurde.

Der Entwurf befindet sich hier in einem wesentlichen Gegensatz zum französischen Rechte; nach Art. 1142 c. c. löst sich jede Verbindlichkeit in Folge des bloßen Verzugs in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze auf; nach dem Entwurfe muß der Gläubiger auch die Unmöglichkeit der Erfüllung darthun, der bloße Verzug berechtigt ihn nur zum Verzugsinteresse.

Bezüglich der für die Werthsbestimmung maßgebenden Zeit hat sich der Entwurf auch nicht dem französischen Gesetze angeschlossen, welches die Zeit der Verzugsetzung als die ausschlaggebende bezeichnet, aber auch nicht den eigentlich nach Abs. 1 consequenten Zeitpunkt der eingetretenen Unmöglichkeit gewählt, sondern die Zeit der Leistungspflicht.

Die Bestimmungen des französischen Rechtes sind aus praktischen Gründen vorzuziehen. Die Verzugsetzung ist ein ganz bestimmter Moment; von diesem Zeitpunkt aus wird auch das Unterlassen der Leistung dem Gläubiger gegenüber erst schuldvoll. Die Motive erkennen auch die Berechtigung dieser Bestimmung an und glauben nur, daß sie für den Fall, daß die objektive Unmöglichkeit vor dem Verzuge eingetreten sei, nicht ausreichend sei.

Allein dieser seltene Fall dürfte nicht dazu führen, nunmehr einen Zeitpunkt als maßgebend zu erachten, in welchem die Voraussetzung der Schadenersatzpflicht, das subjektive Verschulden, noch nicht gegeben ist.

§ 241 bezeichnet als einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand „den entschuldbaren Irrthum"; also z. B. wenn Jemand aus Irrthum den Gegenstand der Leistung vernichtet.

Neu ist gegenüber dem code civil, daß nach § 146 auch der Rechtsirrthum im Sinne des Gesetzes entschuldbarer Irrthum sein kann; jedoch wird zu § 241 in den Motiven hingewiesen, daß bei Beurtheilung der Frage, ob entschuldbarer Rechtsirrthum vorliegt, nicht auf die konkreten Verhältnisse Rücksicht genommen werden darf, sondern auf den „absoluten Maßstab des § 146", so daß also, wenn ein Wissen- oder Kennenmüssen angenommen wird, der Rechtsirrthum nicht entschuldbar erklärt werden darf.

Es wäre vielleicht praktischer gewesen, den Rechtsirrthum überhaupt als nicht entschuldbar zu erklären; man hätte dann eine bestimmte positive, herkömmliche Vorschrift gehabt, während nach den Bestimmungen des Entwurfes gar manche Zweifel aufsteigen und unnöthige Prozesse erwachsen werden.

§ 242 giebt dem Gläubiger das Recht, bei theilweisem, schuldhaftem Unmöglichwerden der Leistung, unter Zurückgewährung des etwa empfangenen Theiles oder unter Ablehnung des noch möglichen Theiles Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu begehren, „sofern der nicht unmöglich gewordene Theil kein Interesse für ihn hat."

Durch diese letzten Vorschriften unterscheidet sich der Entwurf vom französischen Rechte; es erscheint aber unbillig und unlogisch, den Anspruch des Gläubigers an diese, von ihm zu beweisende Interesselosigkeit zu knüpfen.

Nach § 228 darf der Schuldner keine Theilleistungen machen; kann er in schuldhafter Weise überhaupt nur einen Theil leisten, so ist doch kein Grund, den Gläubiger schlechter zu stellen als im Falle der Schuldner Alles leisten könnte und nur Theilleistung machen will.

Das Recht des § 242 kann endlich nur ausgeübt werden, sofern die Rückgewähr des etwa schon gelieferten Theiles in nicht verschlechtertem Zustande möglich ist, und ist an die weiteren einschränkenden Bestimmungen der §§ 431 und 433 über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen geknüpft. —

§ 243 gibt im Hinblick auf § 778 C. P. O. eine Bestimmung, wonach der Gläubiger, wenn der Schuldner rechtskräftig zur Naturalleistung verurtheilt ist, ohne erst das Zwangsverfahren zu erschöpfen, sofort sein Interesse liquidiren kann; diese Vorschrift wird dem Gläubiger hauptsächlich dem renitenten Schuldner gegenüber zu Gute kommen. Eine Hauptanwendung wird sie im Falle des § 219, wie schon oben bemerkt, finden müssen, da leider der Entwurf für die Schadenersatzpflicht das Restitutionsprinzip aufstellt. Voraussetzung der Ausübung dieses Rechtes ist, daß nach Rechtskraft des Urtheiles der Gläubiger dem Schuldner eine bestimmte Frist zur Leistung setzt und dabei erklärt, daß er nach Umlauf der Frist die Leistung nicht mehr wolle.

§ 244 bestimmt, daß, wenn ein zur Leistung eines bestimmten Gegenstandes verpflichteter Schuldner es zum Prozesse kommen läßt, ihm vom Eintritte der Rechtshängigkeit die nämliche Verwaltungspflicht rücksichtlich Ziehung von Nutzungen, Erhaltung und Bewahrung des Gegenstandes obliegt, wie sie die §§ 931 sequ. dem Besitzer gegenüber dem Eigenthümer auferlegt; er hat demnach vom Momente der Rechtshängigkeit alle gezogenen Nutzungen zu ersetzen; für dolose oder culpose Verschlechterung und Untergang der Sache oder der Nutzungen zu haften und desgleichen für nicht gezogene, aber zu ziehende Nutzungen zu entschädigen.

Diese Vorschrift des § 244 gilt nicht bloß für obligatorische Ansprüche auf Restitution eines bestimmten Gegenstandes, sondern auch für Ansprüche auf Uebergabe eines solchen, und ist von den französisch-rechtlichen Bestimmungen nicht abweichend.

IV. Verzug des Schuldners.

Hier unterscheidet sich nach § 245 der Entwurf in zwei Punkten wesentlich vom französischen Rechte.

Einmal ist der Grundsatz „dies interpellat pro homine“ ausgesprochen und dann ist für die Mahnung im Gegensatz zu Art. 1139 c. c. keine besondere Form vorgeschrieben.

Die Aufnahme des ersten Grundsatzes, welcher, abgesehen vom französischen Rechte, welches ihn nur in besonderen Fällen (Art. 1302, Abs. 4 und 1376 c. c.) und bei vertragsmäßiger Bestimmung oder wenn die Leistung ihrer Natur nach nur innerhalb einer gewissen Frist nützlich vorgenommen werden kann, kennt, überall gilt und „auf der Natur der Sache und lang- und festgewurzelter Rechtsüberzeugung

beruht" ist sicherlich ein Fortschritt, umsomehr als er auf die Fälle eingeschränkt wird, daß die Zeit der Leistung bestimmt aus dem Kalender sich ergiebt.

Was die Formlosigkeit der Mahnung anlangt, so besteht sicherlich kein innerer Grund für Aufrechterhaltung der Bestimmung des Art. 1139 c. c.; allein vom praktischen Standpunkt aus ist die Nichtaufnahme einer ähnlichen Bestimmung zu bedauern, da nunmehr der Gläubiger bezüglich des Nachweises der Mahnung allen Fährlichkeiten einer Beweisaufnahme unterliegt und böswillige Schuldner die nicht in sicherer Weise erfolgte Mahnung abzuleugnen verführt werden.

Allein die Praxis wird bald dazu führen, unter Anleitung des § 75 des Entwurfes in den meisten Fällen die Willenserklärung der Mahnung durch einen Gerichtsvollzieher zustellen zu lassen, was im Falle der Abwesenheit des Schuldners sogar nöthig sein wird.

Ferner bestimmt der Entwurf, daß als Mahnung die Erhebung der Leistungsklage (nicht der bloßen Feststellungsklage) und die Zustellung eines Zahlbefehls gelten solle.

Der Inhalt der Mahnung bestimmt sich nach dem hierfür maßgebenden Inhalte des Schuldverhältnisses und erachtet es den Entwurf für überflüssig und bedenklich, die Erfordernisse der Mahnung in dieser Richtung gesetzlich zu fixiren. Bei sogenannten Holschulden wird der Schuldner durch die Mahnung nur in Verzug gesetzt, wenn der Gläubiger sich zur Empfangnahme beim Schuldner einfindet. Andere Beispiele, daß außer Mahnung eine Handlung des Gläubigers zur Verzugsetzung nöthig ist, geben die §§ 269, 308 und 688. —

Nach § 246 tritt Verzug nicht ein, wenn und insolange der Schuldner in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten nicht verpflichtet ist. In Ansehung der Gründe, welche den Schuldner von der Leistung befreien, und des Umfanges seiner Vertretungspflicht sind die allgemeinen Grundsätze der §§ 237 und 241 sowie der Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses maßgebend. Der Entwurf schließt sich entgegen dem französischen Rechte der Auffassung an, daß nicht die bloße Thatsache der nicht rechtzeitigen Erfüllung die Verzugsfolgen eintreten lasse, sondern daß dieses Eintreten mindestens dadurch bedingt sei, daß der Grund des Verzuges am Schuldner selbst liege. Daraus folgt, daß sich der Schuldner dem Vorwurfe des Verzuges gegenüber in demselben Umfange und durch dieselben Umstände, wie in den Fällen nicht vertretbarer Unmöglichkeit der Leistung, sich vertheidigen kann.

§ 247 spricht konform mit Art. 1147 c. c. als Folge des Verzuges Schadenersatzpflicht aus, deren Umfang nach § 218 des Entwurfes sich bemißt. Der Entwurf weist jede Beschränkung der Forderung des wirklichen Interesses, wie sie die Art. 1149—1152 c. c. enthalten, mit vollem Rechte ab, da hierfür keine zutreffenden Gründe sprechen.

Da der Entwurf nicht überhaupt mit dem Verzuge jede Verbindlichkeit sich in eine Schadenersatzverpflichtung umwandeln läßt, mußte er im 2. Absatz Vorsorge treffen, daß der Gläubiger für den Fall, daß die Leistung in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse mehr habe, sofort Schadenersatz begehren kann. Dieses Recht ist genau nach dem Vorgange des § 242 geregelt.

§ 248 setzt die Verzugszinsen, falls nicht die aus einem andern Rechtsgrunde zu entrichtenden Zinsen höher sind, auf 5% fest, weicht aber insoferne vom Art. 1153 c. c. ab, daß er den Gläubiger hierauf nicht beschränkt, sondern ihm seinen erweislich höheren Schaden vergüten läßt. Die Nichtaufnahme der Beschränkung des Art. 1153 c. c. ist sicherlich gerechtfertigt; es besteht kein Grund, hier den Grundsatz der vollständigen Schadenersatzpflicht im Interesse des Schuldners zu durchbrechen.

Nur der Schenkgeber hat nach § 445 im Falle des Verzugs keine Verzugszinsen zu zahlen, ebenso sind nach § 249 von gesetzlichen Zinsen nie, von rechtsgeschäftlichen Zinsen erst vom Eintritte der Rechtshängigkeit an Verzugszinsen zu berechnen; der Entwurf stimmt daher nicht ganz mit Art. 1154 c. c., welcher Verzugszinsen aus Zinsen mit der Rechtshängigkeit nur für mindestens 1 Jahr rückständige Zinsen zuläßt. — Da nach § 358 die vertragsmäßige, im Voraus getroffene Abrede, daß fällige Zinsen wiederum Zinsen tragen sollen, nichtig ist, ist auch hierin eine Aenderung gegen den Standpunkt des Art. 1154 c. c.

Auch von der Bestimmung des § 249 bleibt das Recht des Gläubigers, erweislich höheren Schaden zu (vergüten) lese: begehren, unberührt.

Die §§ 250 und 251 erhöhen die Haftung des in Verzug gesetzten Schuldners auf jede Fahrlässigkeit und Zufall, konform den französischen Bestimmungen in den Art. 1138, 1245, 1302 und 1304; jedoch darf der Schuldner beweisen, daß der durch einen Zufall entstandene Schaden auch im Falle rechtzeitiger Leistung entstanden wäre; er hat also den Beweis dahin zu führen, daß der Gläubiger

auch bei rechtzeitiger Leistung den Gegenstand nicht veräußert oder nicht über ihn so verfügt hätte, daß eine Einwirkung des Zufalls auf ihn ausgeschlossen gewesen wäre. Das ist auch der Standpunkt des französischen Rechtes in Art. 1302 Alinea 2, während bekanntlich das preußische und andere Rechtssysteme dem Gläubiger den Beweis aufbürden, daß er bei rechtzeitiger Leistung den Leistungsgegenstand behalten hätte; im gemeinen Rechte ist die Frage sehr bestritten.

Die Bestimmung des Entwurfes ist logisch; wenn der Verzug zum vollen Schadenersatz verpflichtet, so darf nicht der Standpunkt des Gläubigers unnöthig erschwert werden; es muß vielmehr dem Schuldner die volle Beweispflicht auferlegt werden. § 252 bezieht sich auf den Fall, daß der Leistungsgegenstand nach Eintritt des Verzugs untergegangen oder verschlechtert wurde.

Da nun in einem solchen Falle der Gläubiger auch Ersatz für die Nutzungen, die er hätte ziehen können, begehren kann, er aber für diesen weiteren Schaden beweispflichtig wäre, bestimmt § 252 aus Billigkeitsrücksichten, daß ihm für diesen Schaden ohne Weiteres 5 % Zinsen vom Werthe der untergegangenen Sache oder im Falle der Verschlechterung vom Werthsunterschiede vom Tage des Verzuges an zu ersetzen sind. Diese Zinsen erhält er also als Entschädigung für die entgangenen Nutzungen und kann nicht neben denselben noch weitere Entschädigung begehren.

Natürlich steht es ihm auch frei, statt diese Zinsen zu begehren, den betreffenden Schaden besonders zu liquidiren, in welchem Falle ihn die Beweislast trifft.

§ 253 nimmt purgatio morae mit Wirkung für die Zukunft vom Tage der nachgeholten Leistung an.

Die Motive betonen, daß die Verzugsansprüche formell selbständig sind, und daß daher, wenn etwa die Hauptforderung nur mit der Klage geltend gemacht wird, selbst ohne Vorbehalt etwaiger Verzugsansprüche, hiemit die letzteren nicht als aufgegeben erachtet werden dürfen; selbst der Anspruch auf Verzugszinsen kann trotzdem selbständig anhängig gemacht werden. Nur wenn die besonderen Umstände daraufhin drängen, ist in solchen Fällen Verzicht anzunehmen.

V. Verzug des Gläubigers.

Dieses Rechtsverhältniß hat der code civil nicht selbständig geregelt, sondern unter der „Zahlung" in den Art. 1257 seq. in Ver-

bindung mit dem Anerbieten der Zahlung und der Hinterlegung behandelt, ähnlich Windscheid § 345.

Logisch richtig trennt der Entwurf die beiden Rechtsverhältnisse, der Verzug des Gläubigers hat rechtliche Wirkung in Bezug auf Auflösung der Verbindlichkeit nicht an sich allein, sondern nur in Verbindung mit andern Thatsachen, während sein wesentlicher Inhalt darin besteht, daß die hierdurch bewirkte Nichterfüllung dem Schuldner nicht zum Schaden gereichen dürfe; diese Wirkung ist beim „Inhalt der Schuldverhältnisse" zu regeln; dagegen die weitere Wirkung, daß der Verzug in Verbindung mit der Hinterlegung das Schuldverhältniß tilgt, unter den „Aufhebungsthatsachen".

In der bestrittenen Frage, ob zur mora creditoris ein Verschulden des Letztern gehöre, hat der Entwurf mit Recht sich auf die verneinende Seite geneigt. Denn es rechtfertigt sich nicht, dem Schuldner als Folge eines in der Person seines Gläubigers eingetretenen Zufalls eine Erschwerung seiner Verbindlichkeiten aufzuerlegen.

§ 255 verlangt zur Wirksamkeit des Anerbietens eine „Real-Oblation", wodurch der Gläubiger naturgemäß auch Kenntniß der Leistungsbereitschaft erhält. Die bloße „Verbal-Oblation" ist nur in drei Fällen genügend, wobei jedoch das „reelle Leistungsvermögen" des Schuldners, welches er im Bestreitungsfalle zu beweisen hat, vorausgesetzt wird.

Der erste Fall ist die Vorauserklärung des Gläubigers, daß er die Leistung nicht annehmen werde; hier kommt vorzugsweise in Betracht, daß der Schuldner dem Gläubiger eine Sache zu überbringen oder eine Handlung an einem bestimmten Orte vorzunehmen hat; hier wäre ohne die Bestimmung des Entwurfs der Schuldner zu einem Verhalten gezwungen, welches mit Aufwendungen verbunden ist und im Interesse keines Theiles liegt.

Die zweite und dritte Ausnahme betreffen Fälle, in welchen das Thätigwerden des Schuldners oder sein ferneres Thätigsein durch eine vorausgehende oder gleichzeitige Handlung der Gläubiger bedingt ist; hierher gehört z. B. die Holschuld, oder wenn der Gläubiger die Wahl unter mehreren Gegenständen hat, oder wenn er über einzelne Modalitäten noch Bestimmungen zu treffen hat. Diese Ausnahmen sind in der Natur der treffenden Verhältnisse begründet. Als Verbal-Oblation gilt hier schon die Aufforderung an den Gläubiger zur Vornahme der betreffenden Handlung. Ist für dieselbe ein „dies"

bestimmt, wie z. B. bei Inhaberpapieren für die Präsentation derselben, so ist auch die Verbal-Oblation nicht nöthig; also auch hier gilt der Grundsatz: dies interpellat pro homine.

Diese Bestimmungen sind gegenüber den strengen, komplizirten Vorschriften des französischen Rechts als Fortschritt zu begrüßen, da es der Gerechtigkeit entspricht, daß dem leistungsbereiten und leistungsfähigen Schuldner gegenüber dem Gläubiger sein Recht nicht erschwert wird. —

§ 256 regelt den Fall des „Annahmeverzuges".

§ 257 mindert die Haftung des Schuldners auf dolus und culpa lata, wenn es sich um einen zu leistenden Gegenstand handelt; bei generischen Obligationen geht die Gefahr der ausgewählten und angebotenen Sache auf den Gläubiger über, außerdem hat der Entwurf für besondere Fälle noch besondere Rechtswirkungen des Gläubigerverzuges festgesetzt. — (§§ 210, 365, 368 Abs. 2, 561 und 575.)

§ 258 bestimmt im Gegensatze zu anderen Gesetzgebungen, daß der nach dem konkreten Schuldverhältnisse zur Herausgabe oder zum Ersatz der Nutzungen verpflichtete Schuldner vom Beginne des Gläubigerverzugs, in Abschwächung seines Schuldverhältnisses nur mehr für die wirklich gezogenen Nutzungen zu haften habe, und § 259 im Gegensatze zur herrschenden gemeinrechtlichen Theorie, jedoch entsprechend dem französischen Rechte, daß bei Geldschulden von dem Beginn der mora keine Zinsen mehr zu zahlen seien. Würde der Gläubiger jedoch beweisen können, daß der Schuldner von dem geschuldeten Gelde Zinsen gezogen hat, so käme für die Frage der Ersatzpflicht § 258 zur Anwendung, wenn es sich um eine verzinsliche Schuld handelt.

§ 260 ist eigentlich selbstverständlich; denn der Gläubiger, welcher im Verzuge ist, kann vom Schuldner keine Conventionalstrafe verlangen oder beim Versicherungsvertrage nicht aus der Nichtzahlung der Prämie den Verlust der Rechte aus der Versicherung geltend machen. Darüber war man im französischen Rechte einig.

Der Entwurf erklärt den Gläubiger nicht für verpflichtet, dem Schuldner den durch den Annahmeverzug verursachten Schaden zu ersetzen, sondern nur durch § 261 die Mehraufwendungen, welche dem Schuldner durch das erfolglose Anerbieten, sowie durch Aufbewahrung und Erhaltung des Leistungsgegenstandes erwachsen. Hiefür steht dem Schuldner nach § 233 das Retentionsrecht zu.

Dem Entwurfe ist in dieser Beschränkung des Anspruches des Schuldners beizustimmen, da ja der Gläubiger als solcher zur Annahme überhaupt nicht verpflichtet ist und das Gesetz den Verzug desselben auch ohne subjectives Verschulden eintreten läßt.

§ 262 behandelt die purgatio morae und behandelt den Gläubiger insofern besser als den säumigen Schuldner (§ 256), als der Gläubiger sich nur zum Ersatze der Mehraufwendungen bereit erklären muß.

Dritter Titel.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Entgegen der Theorie und der Gesetzgebung hat der Entwurf zwei Erlöschungsgründe nicht mehr aufgenommen: „die Novation und consensus contrarius". Der Entwurf ist deshalb nicht zu tadeln.

Dem Bedürfnisse, welches zu der mittels Wechsels des Gläubigers oder Schuldners sich vollziehenden Novation führt, ist genügt durch die Vorschriften über Cession und Schuldübernahme. Allerdings bleibt nach dem Entwurfe bei diesen Instituten die bisherige Schuld bestehen; allein es ist dies wohl meist die Absicht der Parteien bei Wechsel der Personen in der Obligation; die gegentheilige Absicht ist selten und steht es auch nach dem Entwurfe frei, bei Uebertragung der Forderung oder bei Schuldübernahme dies zu erklären.

Was die sogenannte objective Novation anlangt, so war ja immer der animus novandi zu erweisen (siehe Art. 1273 c. c.), was in der Praxis die objective Novation selten erscheinen ließ. Wenn übrigens die Parteien ausdrücklich erklären, daß sie mit der Aenderung im Gegenstande ꝛc. die alte Verbindlichkeit aufheben und eine neue begründen wollen, so steht dem nichts im Wege. In diesem Falle tritt die Erlöschung nach § 264, Satz 2 ein, indem der Entwurf die Vereinbarung einer datio in solutum hierin erblickt.

Vom praktischen Standpunkte aus ist der Entfernung der Novation daher kaum eine Thräne nachzuweinen.

Der consensus contrarius figurirte schon im französischen Rechte nicht als besondere Aufhebungsthatsache und ist eigentlich streng genommen nur ein Erlaßvertrag; bei gegenseitigen Verbindlichkeiten besteht er aus dem Zusammentreffen zweier Erlaßverträge.

I. Erfüllung.

Die §§ 263—271 behandeln die naturgemäße Aufhebungsthatsache der Schuldverhältnisse, nämlich deren Erfüllung. Der im französischen Rechte hierfür gebrauchte Ausdruck „paiement“ ist inkorrekt, weil „Zahlung“ eigentlich nur die Erfüllung von Geldschulden bedeutet.

Der code civil behandelt diese Materie in den Art. 1235—1257, worin jedoch eine Reihe von Vorschriften enthalten sind, welche sich auf den Gegenstand und Inhalt der Schuldverhältnisse beziehen. (Z. B. Art. 1244, 1246.)

In den §§ 264 und 265 ist die datio in solutum geregelt und hierunter auch der Fall der Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit an Stelle der alten begriffen, welche jedoch nur dann als Aufhebungsthatsache wirkt, wenn der hierauf gerichtete Willen der Parteien sich zweifellos als solchen ergibt.

Die datio in solutum hat entsprechend dem französischen Rechte, welches sie als Novation behandelt (Aubry und Rau § 324, Nr. 5), die Wirkung unbedingter und definitiver Tilgung der alten Schuld ohne Rücksicht darauf, ob das an Erfüllungsstatt gegebene in der That dauernd in das Vermögen des Gläubigers übergegangen ist.

Ist dies Letztere nicht der Fall, so hat der Gläubiger lediglich einen Entwährungsanspruch nach § 370 ff; im Falle der insolutum erfolgten Cession einen solchen nach § 298 und 312, wonach der Cedent nur für die Existenz, nicht für die Zahlungsfähigkeit haftet.

Die gleichen Grundsätze gelten im französischen Rechte. (Aubry und Rau l. c.)

§ 266 entspricht dem Art. 1239 c. c. — Den ersten Satz nahm der Entwurf nicht auf, weil er nur Selbstverständliches besagt.

Wenn der Gläubiger einwilligt, daß von einem Dritten geleistet wird, oder die an einem Dritten geschehene Leistung genehmigt, wirkt sie als Erfüllung; auf die Einwilligung und Genehmigung findet § 127 Anwendung.

Nicht aufgenommen hat der Entwurf die weitere Bestimmung des Art. 1239 l. c., daß Leistung an einen Dritten auch dann Erfüllung sei, wenn der Gläubiger zwar nicht einwilligt, aber Nutzen hieraus gezogen hat. Es werden in dieser Beziehung die allgemeinen Vorschriften über Kondiktionen und negotiorum gestio ausreichen, namentlich für den häufigsten Fall der Leistung an den Gläubiger

des Gläubigers. — Die §§ 267 und 268 regeln die Aufrechnung einer Leistung auf mehrere Schuldposten. — Uebereinstimmend mit Art. 1253 c. c. ist dem Schuldner das Recht der Aufrechnung mit bindender Wirkung für den Gläubiger zugestanden und ist sogar die Einschränkung des Art. 1254 c. c. nicht aufgenommen, so daß der Schuldner verlangen kann, daß eine Leistung vorerst auf die Hauptsumme, nicht Zinsen und Kosten angerechnet werden darf; der Gläubiger kann höchstens auf Grund des § 228 diese Aufrechnung als eine „Theilleistung" ablehnen, allein dahier immer erst untersucht werden muß, ob die Zinsen und Kosten in der Hauptverbindlichkeit derart enthalten sind, daß sie einen Theil derselben bilden, wäre die klare Vorschrift des Art. 1254 c. c. vorzuziehen, welche auch entschieden der Billigkeit entspricht. Der Gläubiger hat das größte Interesse, daß zuerst die Accessorien getilgt werden, so die Zinsen schon wegen des einer kürzeren Verjährung unterworfenen Anspruches.

Die Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung scheint von eminentem praktischen Werthe zu sein und geeignet, viele Streitigkeiten abzuschneiden.

Auch die Bestimmung des Art. 1255 c. c., daß die vorbehaltlose Annahme einer Quittung, worin der Gläubiger die empfangene Leistung auf einen besonderen Posten verrechnet, den Schuldner bindet, ist nicht aufgenommen. Meines Erachtens mit Recht, da hiermit unerfahrenen Schuldnern gegenüber von geriebenen Gläubigern viel Unfug getrieben wurde und der dem Schuldner freistehende Beweis des Betrugs oder der Ueberlistung praktisch in den seltensten Fällen — Mangels Zeugen — zu führen ist.

Nach dem Entwurfe ist es selbstverständlich, daß wenn der Gläubiger bei Empfang der Leistung eine Aufrechnungsbestimmung macht und der Schuldner nimmt sie an, dieselbe den Letzteren bindet; dies muß jedoch der Gläubiger beweisen.

Im Uebrigen besteht eine Abweichung vom französischen Rechte nicht. § 269 und 270 erklärt den Gläubiger verpflichtet, Quittung zu ertheilen, wenn nöthig in anderer als einfacher Schriftform, jedoch auf Kosten des Schuldners (Art. 1248 c. c.). § 271 giebt dem Schuldner konform dem französischen Rechte außerdem das Recht auf Herausgabe des Schuldtitels resp. bei Unmöglichkeit der Herausgabe, auf Ausstellung eines sogenannten „Mortifikationsscheines". Die Ertheilung der Quittung und Herausgabe des Schuldtitels ist gegen „Empfang" der Leistung, also Zug um Zug, zu bewirken. Es

hat also der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht und der Gläubiger, welcher sich auf Verlangen des die Erfüllung anbietenden Schuldners eine Quittung auszustellen weigert, kommt in Annahmeverzug.

Der Entwurf behandelt unter „Erfüllung" nicht „die Erfüllung" mit Subrogation des code civil (Art. 1249—1252).

Der Entwurf kennt die „Subrogation" als ein eigentliches Rechtsinstitut überhaupt nicht; zahlt ein Dritter die Schuld und wird durch einen Vertrag in die Rechte des Gläubigers eingesetzt, liegt eine „vertragsmäßige Uebertragung der Forderung" vor.

Die Subrogation als gesetzliche Folge der Zahlung eines Dritten (Art. 1251 c. c.) tritt nach dem Entwurfe nur in den ausdrücklich bestimmten Fällen ein, z. B. § 223, 313, 337, 676, 1026, 1094, 1095, 1101, 1104, 1164, 1187, 1343, 1397, 1411 und 1431 und hat die rechtliche Wirkung einer cessio legis.

Beide Fälle behandelt der Entwurf unter dem Gesichtspunkte der Cessionen, auf welche die §§ 293 sequ. anwendbar sind.

Das Ausscheiden der Subrogation als eines besonderen Rechtsinstitutes ist nicht zu bedauern; es verwirrt nur, wenn bezüglich der Sondernachfolge in Forderung und Schuld verschiedene Rechtsinstitute bestehen; der Standpunkt des Entwurfes, für jede Sondernachfolge nur je ein Rechtsinstitut zu kreiren, ist vom Standpunkte der Praxis aus, welche die sehr scharfsinnigen, aber unnöthigen Unterscheidungen der Theorie nur beschweren, das einzig Richtige.

II. Hinterlegung.

Der code civil gibt in Art. 1257 sequ. bei Geldzahlungen dem Schuldner das Recht, wenn der Gläubiger sich weigert die Zahlung anzunehmen, nach erfolgloser reeller Darbietung der Zahlung das geschuldete Objekt bei der gesetzlichen Behörde zu hinterlegen. Ist die geschuldete Sache ein genau bestimmter Gegenstand, der am Orte, wo er sich befindet, abgeliefert werden muß, und holt ihn der rechtmäßig zur Abholung aufgeforderte Gläubiger nicht ab, so kann der Schuldner sich vom Gerichte ermächtigen lassen, sie anderswo zu deponiren. Verkaufsselbsthilfe kennt der code civil nicht.

Die Bestimmungen des code civil sind viel zu enge begrenzt und mit einem Formalismus ausgestattet, welcher das „Realanerbieten mit Hinterlegung" zu einem in der Praxis selten angewandten Mittel machte.

Der Entwurf hat viel zweckentsprechendere Bestimmungen.

Auf der einen Seite muß die Hinterlegung immer bei einer öffentlichen, durch die Landesgesetze bestimmten Hinterlegungsstelle erfolgen, und adoptirt der Entwurf nicht, dem Art. 343 Handelsgesetz folgend, die Hinterlegung bei einem etwa selbstgewählten oder richterlich bestimmten Dritten; sodann ist als Voraussetzung der Hinterlegung nicht, wie im französischen Rechte, ein Verschulden des Gläubigers nothwendig, der Schuldner befreit sich durch Hinterlegung sowohl im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers als auch „wenn er aus einem andern in der Person des Gläubigers liegenden Grund" nicht erfüllen kann, z. B. wenn die betreffende Forderung mit Arrest bestrickt ist; ebenso im Falle der sogenannten subjektiven Ungewißheit des Gläubigers, z. B. wenn mehrere dieselbe Forderung für sich in Anspruch nehmen; nur muß sich hier der Schuldner in einer entschuldbaren Ungewißheit befinden, welche wohl immer gegeben ist, wenn Mehrere eine Forderung für sich beanspruchen.

Von diesem Standpunkte des Entwurfes war es überflüssig, eine besondere Vorschrift zu geben für den Fall, daß mehrere Cessionäre dem debitor cessus gegenüber treten.

Endlich ist den Landesgesetzen (§ 280) überlassen, auch bezüglich anderer beweglichen Sachen die Hinterlegung als aufhebende Thatsache des Forderungsrechtes einzuführen. —

Die Hinterlegung wirkt wie die Erfüllung; sie muß bei der Hinterlegungsstelle des Erfüllungsortes (§§ 229 und 230) erfolgen.

Die §§ 274 und 275 behandeln das Recht der Zurücknahme.

Mit der Wirkung der Hinterlegung als Erfüllung steht dieses Recht eigentlich in Widerspruch; allein aus überwiegend praktischen Gründen hat der Entwurf in Uebereinstimmung mit Art. 1261 c. c. es gewährt. Es bleibt ja die Frage, ob die Hinterlegung rechtmäßig war oder nicht, meist längere Zeit in Schwebe, und es wäre unbillig, in diesem Stadium der Ungewißheit den Schuldner völlig zu binden. Anders, wenn bei der Hinterlegung oder nachträglich der Schuldner auf das Recht verzichtet, oder — naturgemäß der Gläubiger der Hinterlegungsstelle seine Annahme erklärt, oder der Hinterlegungsstelle ein zwischen den Parteien erlassenes rechtskräftiges, die Hinterlegung justifizirendes Urtheils vorgelegt wird. Im Falle der Zurücknahme lebt entsprechend dem Art. 1261 c. c. die Schuldverpflichtung mit allen Nebenverbindlichkeiten wieder auf; namentlich auch die Pfandrechte (anders Art. 1263 c. c. im Falle der Zustimmung des Gläubigers zur Rücknahme), soferne nicht eine

Thatsache eingetreten ist, welche nach allgemeinen Grundsätzen mit der Fortdauer eines Pfandrechtes sich nicht verträgt (z. B. beim Faustpfand das Aufgeben des Pfandbesitzers; § 1191).

§ 276 bestimmt, daß, so lange das Rücknahmerecht besteht, der Schuldner ein von der Befriedigung des Gläubigers abhängiges Recht nicht geltend machen kann. So kann z. B. der Schuldner in dem Falle des § 269, wenn er wegen Verweigerung der Quittung hinterlegt, diese Urkunde erst dann fordern, wenn die Hinterlegung unwiderruflich ist.

Nur für den Fall des Konkurses bestimmt § 277 die Hinterlegung auch bei Bestehen des Rücknahmerechts als definitive. Die Sache kann nicht zur Konkursmasse gezogen werden; weder Schuldner noch Konkursverwalter dürfen das Rücknahmerecht während des Konkurses ausüben.

Durch § 277 werden übrigens die Vorschriften über Anfechtung einer derartigen Hinterlegung aus §§ 22 ff. der Konkursordnung nicht berührt.

§ 278 gewährt dem Schuldner die dem französischen Rechte unbekannte Verkaufsselbsthilfe, und zwar bei allen Schuldverhältnissen, welche eine bewegliche Sache betreffen, im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers unbedingt, bei hinterlegungsfähigen Sachen jedoch im Falle des § 272 Ziff. 2 nur bei Besorgniß des Verderbens oder unverhältnißmäßigem Kostenaufwand für die Hinterlegung.

Die letztere Beschränkung ist mit Rücksicht darauf, daß die Hinterlegung oft bei völliger Schuldlosigkeit des Gläubigers erfolgen kann, gerechtfertigt, diese Rücksicht verbietet ein unbegrenztes Verkaufsrecht für die Fälle des § 272 Ziff. 2 zu statuiren.

Die näheren Vorschriften entsprechen dem Art. 343 H. G. B. § 279 stimmt mit Art. 1260 c. c. überein.

§ 280 giebt, wie schon oben bemerkt, die Organisation der Hinterlegungsstellen, sowie die Ausdehnung auf andere bewegliche Sachen als Geld oder Werthpapiere der Landesgesetzgebung anheim; ebenso Bestimmungen darüber, ob der Fiskus ꝛc. Eigenthümer der deponirten Gelder und Banknoten wird (§ 200); ob der Anspruch auf Zurückzahlung zu Gunsten des Fiskus nach einer bestimmten Frist erlöschen soll ꝛc.

III. Aufrechnung.

Der Entwurf regelt nur das gesetzliche Recht der Aufrechnung (compens. necessaria), mit der vertragsmäßigen Aufrechnung (compens. voluntaria) befaßt er sich so wenig, wie der code civil.

Der § 281 regelt die Voraussetzungen der Aufrechnung conform mit dem geltenden Rechte, namentlich Art. 1291 c. c.; nur hat im Gegensatze zum französischen Rechte der Entwurf das Erforderniß der „Liquidität“ nicht aufgenommen.

In der Praxis des französischen Rechtes wurde diese Voraussetzung nicht strenge durchgeführt; war durch Eideszuschiebung die Gegenforderung liquid zu stellen oder selbst durch ein Sachverständigengutachten, wurde sie zur Kompensation zugelassen.

Zudem bieten die Bestimmungen der Prozeßordnung in den §§ 136, 274, 491 die nöthigen Korrekturmittel, um die Entscheidung über eine liquide Forderung durch eine illiquide Gegenforderung nicht ungebührlich zu verzögern.

Absatz 2 des § 281 spricht den allgemein anerkannten Grundsatz aus, daß die Gegenforderung exigible oder giltig, d. h. durch keine Einrede entkräftbar, sein darf. Die Frage, ob eine natürliche Verbindlichkeit aufrechenbar sei, ist für den Entwurf, der sie gar nicht kennt, ohne Bedeutung.

§ 282 normirt die Art und Weise, wie die Aufrechnung erfolgt. Hier befindet sich der Entwurf im Gegensatze zum code civil. Nach Art. 1290 c. c. erfolgt die Aufrechnung ipso jure selbst ohne Wissen der Parteien; jedoch darf die Einrede nicht ex officio vom Richter supplirt werden. Dagegen kann der Gläubiger seine Forderung, wenn ihr eine Gegenforderung entgegensteht, durch die letztere als getilgt erklären, auch wenn der Schuldner nicht einverstanden war.

Dagegen bestimmt der Entwurf, daß die Aufrechnung nur erfolgen könne durch eine dem andern Theil gegenüber abgegebene, in ihrer Wirkung jedoch von der Annahme derselben unabhängigen Willenserklärung, so daß die Aufrechnung als ein einseitiges Rechtsgeschäft des Aufrechnenden erscheint; der Letztere muß auch in concreto verfügungsberechtigt sein, so daß z. B. entgegen dem Art. 1294 c. c. der Bürge nicht mit einer dem Hauptschuldner zustehenden Gegenforderung gegenüber dem Gläubiger kompensiren kann.

Ich halte den Standpunkt des code civil für praktischer.

Auch nach ihm ist der Schuldner, wenn ihn der Gläubiger auf Zahlung seiner Forderung angeht, nicht gezwungen, seine Gegenforderung geltend zu machen, allein wenn der Gläubiger Interesse hat, statt Erfüllung seiner Forderung Befreiung von einer Schuld zu

erhalten, so kann er nach dem code civil diese Alternative wählen und sich selbst auf die Aufrechnung berufen.

Dieses ist nach dem Entwurfe unmöglich; hier ist unter Umständen, wenn der Schuldner keine Aufrechnungserklärung gibt, der Gläubiger genöthigt, Zahlung zu begehren und das Erhaltene dann wiederum zur Zahlung seiner Schuld zu verwenden, gewiß nicht einfach.

Nach dem Standpunkte des Entwurfes wäre es logisch, die Wirkung der Aufrechnung, daß sie die Forderung erlöscht, auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung zu verlegen; trotzdem wird dieselbe nach § 283 auf den Zeitpunkt vorverlegt, wo sich die beiden Forderungen als aufrechenbare gegenübergetreten sind; die Motive erklären, daß zu dieser „Fiktion" man habe greifen müssen, weil sonst der praktische Werth des Rechtsinstitutes der Aufrechnung verkümmert worden wäre und man mit den Bestimmungen der Aufrechnung im Konkurse (§ 46 sequ. Konkursordnung) in Widerspruch gekommen wäre.

Wäre es unter solchen Verhältnissen nicht einfacher und praktischer statt „des durch seine Einfachheit und Klarheit bestechenden Prinzipes des § 282" die Bestimmung des Art. 1290 c. c. anzunehmen, welche die Aufstellung einer „Fiktion" ganz unnöthig macht?

Die §§ 284—286 entsprechen im Großen den Bestimmungen des code civil (Art. 1297, 1296 und 1298). —

§ 287 statuirt als Ausnahme von der Aufrechnung „alle Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen", erweitert also mit Recht die Bestimmung des Art. 1293 Ziff. 1 c. c. und des gemeinen Rechtes, und ist diese Vorschrift korrespondirend mit § 235. —

Dagegen hat der Entwurf die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht weiter beschränkt, so daß sie also entgegen dem französischen und gemeinen Rechte auch gegenüber den Forderungen aus der Hinterlegung und der Leihe geltend gemacht werden kann.

Da es sich in diesen Fällen aber um Forderungen handelt, bei denen der Gläubiger eine andere Tilgung als durch Erfüllung sicher ausgeschlossen haben will, und dem Schuldner eine gewisse Vertrauensstellung eingeräumt ist, mit welcher sich die Aufrechnung schlecht verträgt, dürften die bestandenen Bestimmungen den Vorzug haben.

§ 288 ist eine nothwendige Konsequenz des gesetzgeberischen Grundes des § 749 der C. P. O. und entspricht auch dem bayrischen Gesetze vom 18. Dezember 1887. Er ist einestheils weitergehend als

Art. 1293, Ziff. 3, indem nicht bloß gegen die Forderung aus Alimenten, insoweit sie unpfändbar sind, die Aufrechnung ausgeschlossen wird, anderntheils nicht so weit gehend, als nach französischem Rechte durch Privatwillenserklärung bei derartigen Einkünften über die Grenze des § 749, Ziff. 2 C. P. O. hinaus Unpfändbarkeit geschaffen werden konnte.

§ 289 bestätigt das geltende Recht.

Nach französischem Rechte war „Steuerforderungen" gegenüber überhaupt jede Aufrechnung ausgeschlossen; ebenso nach gemeinem Rechte. Nach dem Entwurfe ist diese Ausnahme der Aufrechnung nicht mehr bestehend.

IV. Erlaß.

Der Erlaß bedarf, um wirksam zu werden, entsprechend dem gemeinen und französischen Rechte, der Annahme Seitens des Schuldners; er ist wirksam nur als Erlaßvertrag. Dieser ist aber, gleichfalls konform dem betreffenden Rechte, an keine Form gebunden. Er bringt ipso jure das Schuldverhältniß zum Erlöschen, soweit er reicht. Nach Auffassung des Entwurfes ist er ein Veräußerungsvertrag, sogenannter dinglicher Vertrag, und deshalb ein abstraktes, von seiner caussa in Ansehung seiner Wirksamkeit unabhängiges Rechtsgeschäft, wie die römisch-rechtliche acceptilatio. Der Mangel einer caussa oder ein Fehler in der caussa ist nur bedeutend für die Frage, ob die Aufhebung der Wirkungen des Erlasses begehrt werden kann. Diese Frage ist aber lediglich nach den Grundsätzen über die Bereicherung zu entscheiden; nur wenn die Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung vorliegen, kann aus Mängeln der caussa Aufhebung des Erlasses begehrt werden.

In den Motiven ist bemerkt, daß gemäß des angenommenen Grundsatzes der Vertragsfreiheit auch ein nur obligatorischer Erlaßvertrag geschlossen werden kann; hier bleibt das Forderungsrecht bestehen; der Gläubiger verpflichtet sich nur, es nicht geltend zu machen; das pactum de non petendo des römischen Rechts. Im Zweifel wird natürlich immer als Wille der Parteien die direkte Aufhebung des Forderungsrechtes angenommen werden müssen.

Im 3. Absatz des § 290 wird dem Erlaßvertrage der sogenannte negative Schuldanerkennungsvertrag als abstraktes Veräußerungsgeschäft gleichgestellt; dieser Vertrag ist an keine Form gebunden im Gegensatze zum positiven sogenannten abstrakten

Schuldversprechen; auch unterliegt er der Anfechtung nach Maßgabe der Bereicherungsgrundsätze; jedoch nur in dem Rahmen, daß der Gläubiger während der ordentlichen Verjährungsfrist für die Kondiktion sich der hieraus ergebenden Einrede resp. Replik bedienen kann; anders ist es beim abstrakten Schuldversprechen; liegen hier die Voraussetzungen der Bereicherung vor, so ist für den Schuldversprecher eine unverjährbare Einrede (nach § 684, Abs. 1) geschaffen.

Im Abs. 4 gewährt der Entwurf dem Gläubiger, welcher in der irrthümlichen Voraussetzung, daß die Schuld nicht mehr besteht, den Erlaß konzedirte, ausdrücklich die condictio indebiti; setzt hier also den Erlaß- und negativen Schuldanerkennungsvertrag auf die nämliche Linie, wie das Schuldversprechen. (§ 684, Abs. 2.)

Der Entwurf unterläßt mit Recht eine Bestimmung, ob eine Quittung als abstrakter Erlaßvertrag anzusehen sei; die Quittung dient zunächst nur als Beweismittel, kann jedoch in einzelnen Fällen eine weitergehende Bedeutung haben. Die Entscheidung hierüber wird immer eine Thatsache sein; sie gesetzlich zu regeln, liegt kein Bedürfniß vor und würde nur zur Aufstellung unnöthiger und gefährlicher Vermuthungen führen.

Desgleichen ist dem Entwurfe beizustimmen, daß er die an die Rückgabe des Schuldscheines 2c. geknüpften Vermuthungen der Art. 1282—1284 des code civil nicht aufgenommen hat.

Die Frage, ob der Erlaßvertrag auch gegenüber dem Bürgen wirkt, wird wohl im Hinblick auf § 671 bejaht werden müssen.

Die Wirkung des Erlaßvertrags in Solidarschuldverhältnissen wird bei § 333 besprochen werden.

V. Vereinigung.

§ 291 deckt sich mit Art. 1300 c. c.; es wird die Vereinigung (confusion) als ein selbständiger Erlöschungsgrund angesehen. Mit ihrem Eintritte erlöschen alle vom Bestande des Schuldverhältnisses abhängigen Nebenrechte mit Ausnahme der Hypotheken, welche als Eigenthümer-Hypotheken bestehen bleiben; also namentlich die Bürgschaft; es bedurfte der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1301, Alinea 1 nicht; ebenso ist die Bestimmung des Alinea 2 selbstverständlich, nach § 333 wirkt die Vereinigung bei Solidarverbindlichkeiten immer nur für den betreffenden Solidarschuldner oder gegen den betreffenden Solidargläubiger; wenn jedoch nach Maßgabe des

bestehenden Rechtsverhältnisses eine Verpflichtung zur gegenseitigen Ausgleichung besteht, so versteht sich nach den Motiven von selbst, daß die von dem Gesammtschuldner, der durch Vereinigung Gläubiger wurde, belangten übrigen Gesammtschuldner dessen Antheil an der Gesammtschuld abrechnen können, wie auch daß, wenn die Vereinigung in der Person eines Gesammtgläubigers erfolgt, dieser gegenüber den andern Gesammtgläubigern denjenigen Antheil an der Schuld abzurechnen befugt ist, welcher ihm vermöge des bestehenden Ausgleichsverhältnisses zukommt. Es ist deshalb auch die Vorschrift des Alinea 3 des Art. 1301 in Verbindung mit Art. 1209 c. c. weiter geltendes Recht.

Die Frage was Rechtens sei, wenn die Vereinigung in Folge besonderer Umstände kraft Gesetzes wieder aufgehoben wird, ist nicht allgemein, sondern nur in den einzelnen Fällen (§§ 499, 1833, 2114 und 2133) entschieden.

In bestimmten Verhältnissen endlich hat der Entwurf der Vereinigung die gewöhnliche Wirkung ganz oder in relativer Weise versagt; so im Falle des Nießbrauches einer Forderung (§ 1032) und im Falle des Pfandrechtes an Forderungen (§ 1223).

VI. Tod.

Die Bestimmung des § 292 galt im französischen Rechte für selbstverständlich und ist eigentlich die Aufnahme derselben unnöthig.

Vierter Titel.

Sondernachfolge in Forderung und Schuld.

I. Uebertragung der Forderung.

Der code civil hat die Sondernachfolge in eine bestehende Forderung unter dem Titel des „Verkaufes" geregelt, indem er den hauptsächlichsten Fall einer Uebertragung gegen einen bestimmten Preis zur Regelung des ganzen Institutes benützt.

Diese Art der Regelung ist sicherlich unlogisch; denn das Wesentliche dieses Institutes ist die Umgestaltung des Forderungsrechtes bezüglich der Person des Gläubigers, unwesentlich der Grund, auf welchen hin diese Umgestaltung erfolgt. Es gehören deshalb diese Bestimmungen in den allgemeinen Theil, wohin sie nach dem Vorgange der Wissenschaft der Entwurf verwiesen hat.

§ 293 spricht den Grundsatz aus, daß zu einer Uebertragung der Forderung die Einwilligung des Schuldners nicht nöthig sei, und daß mit der Uebertragung der Uebertragende seine Gläubigereigenschaft verliert, der Cessionar sie erhält.

Nach französischem Rechte treten diese Wirkungen in der nämlichen Weise „par le seul effet de la cession“ bei Uebertragung von unkörperlichen Rechten auch gegenüber Dritten ein; bezüglich der „cession des créances“ d. h. der vertragsmäßigen Uebertragung von Forderungen, also dem Institute, welches der Entwurf in § 293 sequ. hauptsächlich regelt, treten Dritten gegenüber die Wirkungen der Uebertragung nur ein mit einer dem Schuldner gemachten Zustellung des Cessionsaktes oder mit einer vom Schuldner in einer notariellen Urknnde bethätigten Annahme der Cession. (Art. 1691 c. c.)

Diese Vorschrift hatte den einzigen Zweck „de garantir les intérêts légitimes des tiers“ (Aubry und Rau § 359 bis Note 12) und war streng zu befolgen; eine auf anderm Wege erlangte Kenntniß des Schuldners vor der Uebertragung wurde nicht als genügend erachtet. Mit Rücksicht auf den Zweck dieser Vorschrift ist jedoch in der französischen Doktrin und Praxis anerkannt, daß wenn der Schuldner inoffizielle Kenntniß der Uebertragung erlangt hat, und trotzdem an den Cedenten, sei es aus betrügerischer Kollusion mit demselben oder aus unverantwortlicher Nachlässigkeit zahlt, er zur nochmaligen Zahlung an den Cessionar angehalten werden kann.

Die Bestimmungen des code civil verdienen entschieden den Vorzug.

Vom theoretischen Standpunkte aus ist ja die Bestimmung des Entwurfes nicht zu tadeln; ist die Sondernachfolge durch den begründenden Akt zwischen dem alten und neuen Gläubiger erfolgt, so besteht sie rechtlich nach allen Seiten hin.

Allein da die Mitwirkung des Schuldners nicht erforderlich ist, so ist sowohl im Interesse des gutgläubigen Schuldners als aller derjenigen, welche etwa nach diesem Akte Recht an der Forderung erworben haben, dringend geboten, einen in die Oeffentlichkeit tretenden und durch einen bestimmten Rechtsakt genau fixirten Zeitpunkt zu wählen, nach welchem Niemand mehr Einwendungen gegen die Uebertragung erheben kann.

Der Entwurf sieht sich in den §§ 304 und 305 genöthigt, Schutzvorschriften für den gutgläubigen Schuldner aufzustellen, welche

aber das ganze Institut der „Uebertragung" illusorisch machen können, da sie dem Gläubiger den „Beweis der Kenntniß des Schuldners von der Uebertragung" überbürden. —

Ich hege keinen Zweifel, daß — wenigstens im französischen Rechtsgebiete — auch nach Gesetzeskraft des Entwurfes dieser Beweis sofort in der bisher üblichen Weise von Anfang an erstellt werden wird; glaube aber, daß aus eminent praktischen Gründen zur Vermeidung unnöthiger und rechthaberischer Prozesse die Bestimmung des code civil in den Entwurf aufzunehmen ist; hierdurch würden die Bestimmungen der §§ 304 sequ. hinfällig.

§ 294 kennt als Arten der Uebertragung: den Vertrag, welche Form Abtretung genannt wird, das Gesetz und die richterliche Anordnung. In Absatz 2 wird die vertragsmäßige Abtretung als Veräußerungsvertrag d. h. als ein sogenanntes abstraktes, von seiner caussa in Ansehung seiner Wirksamkeit unabhängiges Rechtsgeschäft charakterisirt; der Mangel einer caussa oder ein Fehler in derselben ist nur bedeutend für die Frage, ob die Aufhebungen der Wirkung der Abtretung begehrt werden können; diese Frage ist aber, wie beim Erlasse (§ 290, Abs. 2) lediglich nach den Grundsätzen der Bereicherung zu entscheiden. Einer Form bedarf der Abtretungsvertrag so wenig wie nach französischem Rechte.

Auf anderm Standpunkte steht natürlich das französische Recht, welches ja die Cession als einen „Kauf" betrachtet, also sie an die hierüber geltenden Vorschriften bindet.

Die cessio legis findet nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen mit der Wirkung statt, daß der Forderungsübergang mit dem Vorhandensein der für den betreffenden Fall aufgestellten Voraussetzungen unmittelbar eintritt, also z. B. im Falle des § 676 geht, soweit der Bürge den Hauptschuldner bezahlt, sofort auf ihn die Forderung über. —

Diese cessio legis entspricht der gesetzlichen „subrogation" des Art. 1251 c. c.

Die richterliche Cession findet ihre Anwendung durch Ueberweisung der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung. Sie tritt ein mit der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner, damit ist eine Streitfrage, welche sich an den § 737 C. P. O. anschloß, in praktischem Sinne entschieden, und wäre nur zu wünschen, daß auch für die vertragsmäßige Abtretung ähnliche praktische Bestimmungen getroffen würden.

Von dem in § 293 aufgestellten Grundsatz der Uebertragbarkeit aller Forderungen trifft § 295, Abs. 1 völlig berechtigte, in den subjektiven Beziehungen und in dem Gegenstande der betreffenden Forderungsrechte begründete Ausnahmen. Obwohl das französische Recht diese allgemeine Bestimmung nicht enthält, sondern in den Art. 631, 634, 791, 1130 und 1600 c. c. nur spezielle Verbote enthält, so hat Doktrin und Praxis doch alle durch die Formel des § 295, Abs. 1 betroffenen Forderungen, zu welchen die meisten der speziellen Verbote gehören, als „incessibles" erklärt. (Aubry und Rau § 359, Note 16).

Die allgemeine Fassung des Entwurfes ist daher gegenüber dem französischen Rechte ein Fortschritt. Daneben hat der Entwurf doch auch einzelne spezielle Verbote aufgenommen, z. B. 644, 724 Abs. , 1047, 1339 Abs. 3, 1458 Abs. 2, welche sich jedoch unschwer unter die allgemeine Fassung des § 295 Abs. 1 einreihen lassen. § 295 Abs. 2 spricht den auch im französischen Rechte adoptirten Grundsatz aus, daß ein vertragsmäßiges Verbot der Uebertragung einer Forderung nur obligatorische Wirkung zwischen den betreffenden Parteien hat, dagegen Dritten gegenüber unwirksam ist. —

Diese Vorschrift ist die Konsequenz der rechtlichen Konstruktion der Abtretung als eines „Veräußerungsvertrages"; bei solchen anerkennt der Entwurf mit dinglicher Wirkung nur gesetzliche Veräußerungsverbote. (§ 107, Abs. 2).

§ 296 Abs. 1 ist eine Konsequenz des § 388 des Entwurfes und des § 749 der C. P. O.; Abs. 2 stellt den berechtigten Satz auf, daß alle unübertragbaren Forderungen auch unpfändbar seien.

§ 297 stimmt im Allgemeinen mit Art. 1692 c. c. überein; er stellt aber ausdrücklich fest, daß auch die mit einer Forderung für den Fall des Konkurses verbundenen Vorzugsrechte übergehen, wenn selbst zur Zeit der Uebertragung der Forderung der Konkurs über den Schuldner nicht eröffnet ist. Es sanktionirt hiermit der Entwurf die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. III der Entscheidungen, Nr. 15, S. 34 sequ. Wenn also Jemand als Bürge eine unter § 54, Ziff. 2 K. O. fallende Forderung bezahlt hat, hat er auch das hierfür statuirte Vorzugsrecht, gleichgiltig ob zur Zeit der Uebertragung der Konkurs eröffnet war oder nicht; das Gleiche gilt, wenn z. B. ein Arzt seine nach Ziff. 4 l. c. bevorrechtete Forderung vor Ausbruch des Konkurses einem Dritten abtritt.

Der Entwurf hat absichtlich (Motive S. 125) die Frage unent-

schieden gelassen, ob mit dem Uebergange der Forderung auch der Anspruch auf Zinsen, Früchte rc. ohne Weiteres übergehe. Nach dem code civil war auf Grund des Art. 1614 c. c. diese Frage zweifellos zu bejahen; auch Windscheid ist für das gemeine Recht der nämlichen Ansicht. Es dürfte sich daher die Aufnahme einer derartigen Bestimmung empfehlen, da hiermit manche Streitigkeit abgeschnitten und der präsumtive Wille der Parteien berücksichtigt wird.

§ 298 läßt mit Art. 1693 c. c. den Uebertragenden nur für den Bestand der Forderung haften; gemäß des juridischen Charakters der Uebertragung als Veräußerungsvertrag wird diese Haftung bestimmt nach den Grundsätzen über Gewährleistung des veräußerten Rechtes. Ist die Haftung für Einbringlichkeit übernommen, so ist im Zweifel (§ 299) mit dem französischen Rechte nur die Zahlungsfähigkeit zur Zeit des Uebertrages gemeint; dagegen ist die Beschränkung der Haftung bis zur Höhe der „Cessionsvaluta" (Art. 1694 c. c.) mit Recht nicht aufgenommen, da sie dem Charakter des Veräußerungsvertrags widerspricht und nur noch ein Anklang an die aufgehobene lex Anastasiana ist. § 300 schließt für den Fall der cessio legis jede Haftpflicht aus, außer wenn eine solche sich aus dem besonderen Rechtsverhältniß zwischen dem alten und neuen Gläubiger (z. B. im Falle des Mandates, Kommissionsgeschäftes) ergibt.

§ 301 gibt eine der Verpflichtung des Cedenten nach französischem Rechte (Art. 1603 in Verbindung mit 1689) ähnliche Vorschrift; erweitert diese aber noch weiter dahin, daß der Cessionar, wenn er die Kosten vorschießt, eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung begehren kann, eine ganz zweckgemäße Bestimmung.

§ 302 schneidet eine Streitfrage des gemeinen Rechts ab, indem er sich auf den von Windscheid verfochtenen, auch im französischen Rechte (Aubry und Rau § 359 bis Texte zu Note 47) festgehaltenen Standpunkt stellt, daß der Schuldner Einreden, welche sich nicht sowohl auf die Förderung selbst, sondern nur auf die bestimmte Person des alten Gläubigers bezogen, nicht geltend machen dürfe. — Dagegen darf der Schuldner alle andern Einreden, namentlich auch die der mangelnden Sachlegitimation (z. B. mit der Behauptung, die Abtretung sei nur simulirt) geltend machen; die Motive präzisiren dies treffend dahin, daß es nicht darauf ankomme, ob die Thatsache, auf welche sich die Einrede stützt, schon zur Zeit der Uebertragung eingetreten sei, sondern darauf, ob dieselbe nach dem

Wesen und Inhalt des Schuldverhältnisses den Schuldner zu einer Einrede berechtigt; z. B. kann der Schuldner auch dem neuen Gläubiger die Einrede aus der erst nach der Uebertragung eingetretenen Entwährung des dem Schuldner als Gegenleistung veräußerten Rechtes oder aus einer erst nach diesem Zeitpunkte eingetretenen Resolutivbedingung entgegensetzen.

§ 303 stimmt mit Art. 1295 Abs. 2 c. c. bezüglich der Aufrechnungsbefugnisse des cedirten Schuldners überein; nur die in Art. 1295 Abs. 1 statuirte Vermuthung des Verzichtes auf diese Befugnisse ist nicht aufgenommen; die Beschränkung dieser Vermuthung lediglich auf die Einrede der Aufrechnung, wie sie in der französischen Jurisprudenz anerkannt war, hat keine innere Berechtigung; die Ausdehnung auf alle Einreden weisen die Motive (S. 130) mit Recht ab, indem es der Beurtheilung im einzelnen Falle überlassen bleiben muß, welchen Werth solche Anerkenntnisse der Cession haben.

§ 304 setzt zum Schutze des Schuldners fest, daß, wenn er in Unkenntniß von der Uebertragung den bisherigen Gläubiger bezahlt oder sonst ein Rechtsgeschäft mit demselben geschlossen hat, dies der neue Gläubiger gelten lassen muß. Auf dem Standpunkt des französischen Rechts ist diese Bestimmung selbstverständlich, wenn auch in Art. 1691 c. c. überflüssiger Weise die obige erstere Alternative ausdrücklich sanktionirt ist.

Desgleichen versteht sich die Bestimmung des § 305 für den Fall mehrerer successiver Cessionen im französischen Rechte von selbst.

Die Vorschriften der §§ 306 und 307 bezwecken die Sicherung des Schuldners für die Fälle, wenn ihm vom bisherigen Gläubiger die Uebertragung der Forderung angezeigt war, während sie in Wirklichkeit nicht statt hatte oder ungiltig war, und der Schuldner mit dem angeblich neuen Gläubiger sich eingelassen, oder (§ 307) an den durch gerichtliche Anordnung bestimmten Gläubiger bezahlt hat, während diese zu dieser Zeit schon wieder aufgehoben war.

Indem der Entwurf bestimmt, daß die bloße Anzeige der Uebertragung dem Schuldner für alle Fälle bis zum Widerrufe derselben ermächtigt, mit dem neuen Gläubiger sich einzulassen, steht er auf dem Boden des französischen Rechtes; er geht nur weiter, indem er selbst für den Fall, daß der Schuldner die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der zu Grunde liegenden Abtretung gekannt hat, ihm diesen Schutz gewährt, weil er die Anzeige als ein selbständiges, einseitiges

Rechtsgeschäft des Gläubigers gegenüber dem Schuldner ansieht, welches den allgemeinen Grundsätzen über solche Rechtsgeschäfte unterliegt und mit dem Rechtsgeschäfte der Abtretung selbst nichts zu thun hat.

Wenn der Schuldner in einem solchen Falle sich an einer unerlaubten Handlung betheiligt, ist er trotz seiner formellen Berechtigung nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich.

§ 308 wäre ganz unnöthig, wenn sich der Entwurf auf den Standpunkt des Art. 1690 c. c. stellen würde.

§§ 309 und 310 regeln die Abtretung fremder Forderungen analog den Bestimmungen der §§ 830[1], 876 Abs. 1 für den Fall der Verfügung über fremde Sache enthaltenen Vorschriften, und sprechen hier den Grundsatz des vollen Konvaleszenzprinzipes, sei es durch nachträgliche Genehmigung, sei es durch Beerbung aus, soferne nicht im letzteren Falle das beneficium inventarii wirksam wird.

Trotz der Vorschrift des Art. 1599 c. c. ist die überwiegende Anzahl der französischen Rechtslehrer und die konstante Praxis der nämlichen Ansicht für das französische Recht, so daß die Bestimmungen des Entwurfes, da sie diese Anschauung kodifiziren, den Streit abschließen.

§ 311 verallgemeinert im Interesse der Kassenbeamten und Ordnung der Kassenführung die Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes und Reichsmilitärgesetzes.

§ 312 überträgt die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen und über Zulässigkeit der Pfändung solcher auf die Uebertragung und Pfändung anderer veräußerlicher Rechte, und schafft hier gegenüber dem französischen Rechte (Art. 1598 und 1698 c. c. und Aubry und Rau § 359 Ziff. 1) nichts Neues. — Was nicht veräußerlich ist, kann nicht übertragen werden; wenn jedoch die Ausübung des betreffenden Rechtes einem Andern überlassen werden kann, ist dies Recht insoweit pfändbar, vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Vorschrift wie eine solche bezüglich der Rechte aus der ehelichen Nutznießung in § 1298 statuirt wird.

§ 313 bestimmt, daß, wenn Jemand sein ganzes gegenwärtiges Vermögen (nach § 350 nur in notarieller oder gerichtlicher Form zulässig) oder eine ihm angefallene oder ihm übertragene Erbschaft (§ 488, § 500 Abs. 1) oder Bruchtheile solcher Massen einem Andern zu übertragen verpflichtet ist, in Ansehung aller zu diesen Massen gehörigen Rechte, zu deren Uebertragung gemäß

§§ 293 und 312 der dingliche Abtretungsvertrag genügt, der generelle Abtretungsvertrag zulässig und genügend ist, um den Uebergang jener Rechte auf den Erwerber zu bewirken, und daß ein solcher genereller Abtretungsvertrag auch die zur Zeit nicht bekannten, zu den betreffenden Massen gehörigen abtretbaren Rechte ergreift.

Voraussetzung ist nur, daß der Wille der Parteien dahin gerichtet ist, daß in dem zur Vermögensübertragung verpflichtenden Rechtsgeschäfte der erwähnte generelle Abtretungsvertrag zu finden ist. Dies wird wohl fast immer der Fall und selten die Absicht der Parteien eine entgegengesetzte sein.

Die Bestimmungen des Art. 1696—1698 über den Erbschaftskauf gehören nicht zu den Bestimmungen über die Sondernachfolge als solche und den Abtretungsvertrag, sondern werden unter dem Titel „Kauf" in den §§ 488 sequ. behandelt. Die Zulässigkeit der Abtretung streitiger Rechte folgt aus § 236 C. P. O., den Art. 1699—1701 c. c. entsprechende Vorschriften hat der Entwurf mit Recht nicht aufgenommen.

II. Schuldübernahme.

Dem römischen Rechte sowohl als dem französischen war eine Sondernachfolge in die passive Seite der obligatio fremd. Nach beiden Systemen konnte, namentlich durch Vertrag, ein Wechsel in der Person des Schuldners nur in der Weise bewerkstelligt werden, daß an die Stelle der vorhandenen Obligation eine neue gesetzt wurde, durch die beiden Formen der Novation: delegatio und expromissio (code civil Art. 1271 Ziff. 2; 1274—1277 und 1279).

Die Doktrin und Praxis des gemeinen Rechtes hat, einem lebhaft empfundenen Bedürfniß Rechnung tragend, von jeher über das römische Recht hinausgedrängt und anerkannt, daß unter Aufrechthaltung der Identität der Obligation an die Stelle des bisherigen Schuldners durch Vertrag ein neuer gesetzt werden kann.

Indem der Entwurf diesen Satz anerkennt, trägt er den Verkehrsbedürfnissen Rechnung.

Es ist kein Zweifel, daß der Wille der Parteien meist darauf gerichtet ist, daß alle Beziehungen des Forderungsrechtes bestehen bleiben und nur die Person des Schuldners geändert werden soll, sei es aus ökonomischen oder sonstigen Gründen.

Es muß irgend eine Form gefunden werden, in welcher dies am leichtesten geschehen kann. Kann dies nur auf dem Wege der

Novation geschehen, so wird unnatürlicher Weise der selten vorkommende Fall, daß der Wille der Parteien auf eine Neukreirung des ganzen Schuldverhältnisses geht, zum Prinzip erhoben und sieht sich der Gesetzgeber genöthigt, um dem praktischen Bedürfnisse zu genügen, zu statuiren (Art. 1278 c. c.), daß trotz der Novation der Gläubiger sich die Rechte aus der alten Forderung vorbehalten kann.

Das logisch und praktisch Richtige ist dagegen sicherlich die Konstruktion der Schuldübernahme mit Aufrechthaltung des Inhaltes der Obligation; daneben steht es den Parteien frei, diese Schuldübernahme im Wege der Neukreirung eines Schuldverhältnisses zu bethätigen.

Die §§ 314 und 315 regeln die beiden Arten der Schuldübernahme; der erste den Fall des Vertrages zwischen Gläubiger und dem Schuldübernehmer; der zweite den des Vertrages zwischen Schuldner und Schuldübernehmer. Entgegen den Grundsätzen über die Sondernachfolge in die Forderung ist die letztere Art (delegatio) erst wirksam mit Genehmigung des Gläubigers, welche zu verschaffen der Schuldübernehmer verpflichtet ist; ohne eine solche ist eine Sondernachfolge in die Schuld nicht möglich, weil durch die Einrückung eines neuen Schuldners an die Stelle des alten die Interessen des Gläubigers selbstverständlich erheblich alterirt werden können; dagegen ist im Falle des § 314 die Einwilligung des alten Schuldners nicht nöthig, obwohl selten es vorkommen wird, daß Jemand gegen den Willen desselben seine Schuld zu zahlen übernehmen wird.

Der Schuldübernahmevertrag ist gleichfalls dinglicher Natur; ein sogenannter Veräußerungsvertrag, und als solcher formfrei und perfekt unter den Parteien mit dem Abschluß auch im Falle des § 315; das Erforderniß der Genehmigung des Gläubigers ist nur zur Wirksamkeit des Vertrages diesem gegenüber bedeutungsvoll. Bei Uebernahme einer Schuld an Stelle eines zu zahlenden Kaufpreises gilt nach § 318 Abs. 2 erst mit der Genehmigung des Gläubigers derselbe als bezahlt.

§ 316 giebt dem Prinzipe, daß bei der Sondernachfolge in die Schuld wegen Aufrechterhaltung der Identität der neue Schuldner alle Einwendungen machen kann, wie der alte, Ausdruck durch das Setzen der selbstverständlichen Ausnahmen, daß solche Einreden, welche sich lediglich auf die bisherige Schuldnerperson bezogen, dem neuen Schuldner nicht zustehen und daß er nicht mit Forderungen des alten Schuldners aufrechnen kann; endlich die aus der abstrakten Natur des

Schuldübernahmevertrages herrührende Bestimmung, daß der Schuldübernehmer aus dem der Schuldübernahme zwischen ihm und dem seitherigen Schuldner zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft keinen Einwand herleiten darf.

Ebenso selbstverständlich wie § 316 ist § 317, welcher in Abs. 1 von den Nebenrechten der Forderung nur die Bürgschaft und die Verpfändung durch Dritte erlöschen läßt, da gewöhnlich nur unter Würdigung der Person und Zahlungsfähigkeit des Schuldners Dritte sich zu solchen Garantien herbeilassen.

Kann der Gläubiger beweisen, daß die Bürgschaft ohne Rücksicht auf die Person des bisherigen Gläubigers übernommen wurde, oder gehörte der Gegenstand des Pfandrechtes zur Zeit der Schuldübernahme, dem Schuldner selbst, so bleiben die Nebenrechte fortbestehen.

Auch Abs. 2 ist selbstverständlich; denn, wenn z. B. Jemand die an einen Arzt zu zahlende, nach § 54 Ziff. 4 K. O. privilegirte Schuld übernimmt, und er geräth in Konkurs, kann sich ihm gegenüber der Arzt nicht auf das genannte Privileg berufen; es geht nicht an, daß durch solche Rechtsgeschäfte in die Rangordnung eingegriffen wird, welche das Gesetz für die Gläubiger einer Person mit zwingender Wirkung bestimmt hat.

§ 318 regelt die sogenannte Erfüllungsübernahme, ein Institut, ähnlich dem des Art. 1277 c. c. — Die Frage, was in diesem Falle der Dritte leisten muß, ist dahin entschieden, daß ihm nur obliegt, dafür einzustehen, daß der Gläubiger den Schuldner nicht in Anspruch nimmt. Besteht Zweifel, ob eine Schuld- oder nur Erfüllungsübernahme vorliegt, ist für Letztere zu entscheiden.

Abs. 2 des § 318 regelt den Fall, daß beim Kaufvertrag die Vereinbarung, daß auf den Kaufpreis eine Schuld des Verkäufers vom Käufer zu übernehmen sei, bis zur Genehmigung des Gläubigers nur als Erfüllungsübernahme anzusehen sei.

Diese Frage ist hauptsächlich praktisch für den Fall der Veräußerung eines hypothekarisch belasteten Grundstückes, in der Richtung, inwieweit der Verkäufer, dem gegenüber der Käufer die Zahlung der Hypotheken auf den Kaufpreis übernommen hat, trotzdem noch persönlich in Anspruch genommen werden kann.

Nach französischem Rechte ist der Verkäufer so lange persönlich verhaftet, als nicht durch eine förmliche Novation der Gläubiger den Käufer als Schuldner angenommen hat. —

Die Bedürfnisse des Verkehrs haben nun im Interesse des Ver-

käufers und des Verkehrs auf eine anderweitige Regelung gedrängt; so bestimmt ein — nicht für die Pfalz geltendes — bayerisches Gesetz vom 29. Mai 1886, daß die Schuldübernahme in einem solchen Falle als genehmigt gilt, wenn der Hypothekargläubiger nach der Anzeige derselben und einer Aufforderung, sie zu genehmigen, nicht innerhalb 6 Monaten die Verweigerung der Genehmigung erklärt. Dies Präjudiz ist viel praktischer, als das in § 315 Abs. 2 aufgestellte gegentheilige. Entschieden würde die Aufnahme einer derartigen Bestimmung für die Uebernahme hypothekarischer Schulden der komplizirten und unpraktischen Bestimmung des § 318 Abs. 2 vorzuziehen sein. Ein Zwang auf den Gläubiger läßt sich hier rechtfertigen, da ja seine Forderung realiter sichergestellt und daher der Wechsel in der Person des Schuldners nicht von so großem Interesse für ihn ist, wie bei bloß persönlichen Schulden; anderseits hat der Verkäufer das größte Interesse, nicht in infinitum eine persönliche Haftung zu prästiren, welche im Augenblicke des Kaufabschlusses vielleicht gar nicht drückend war, später aber in Folge veränderter Verhältnisse es werden kann. Endlich ist diese Art der Schuldübernahme im Immobiliarverkehr eine so häufige, daß sie nicht erschwert werden darf. Die Regelung der Frage im genannten bayerischen Gesetze ist eine einfache und allen Ansprüchen gerechte Rechnung tragende.

§ 319 behandelt die vertragsmäßige Uebernahme eines ganzen Vermögens oder von Bruchtheilen (desselben) lese: eines solchen. —

Das französische Recht hat sie nur geregelt bezüglich der Uebernahme einer Erbschaft. Die modernen Bedürfnisse drängen aber auf eine allgemeine Regelung.

Nach dem Entwurfe haftet im Falle der Vermögensübernahme der Schuldübernehmer den Gläubigern persönlich für alle zur Zeit der Uebernahme vorhandenen Schulden, jedoch nicht über den Werth des Vermögens. Es hat also der Gläubiger sofort eine direkte Klage gegen den Schuldübernehmer, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners.

Diese Regelung entspricht entschieden dem Bedürfnisse und den Anschauungen des neueren Verkehrs; ich verweise nur auf die sogenannten Vermögensübergaben gegen Statuirung von gewissen Vorbehaltsrechten 2c.

Hier war nach französischem Rechte der Uebernehmer nur dann für die Schulden persönlich haftbar, wenn er diese durch den Vertrag übernahm. Indem der Entwurf diese Uebernahme stillschweigend als

im Abschlusse solcher Verträge von selbst liegend annimmt, andernseits aber den Uebernehmer nur bis zur Höhe des Werthes der Aktiven haften läßt, trägt er allen Bedürfnissen gebührende Rechnung, zudem nur der Werth zur Zeit der **Uebergabe** entscheidend ist, so daß ein zwischen Abschluß des Vertrages und der Uebergabe ohne Verschulden des Uebernehmers eintretende Verminderung des Werthes ihm nicht zu Lasten fällt.

Unumgänglich nöthig war die Aufstellung eines absoluten Verbotes, daß bei Uebernahme eines ganzen Vermögens bezüglich der Schuldenhaftung andere Grundsätze vereinbart werden.

Fünfter Titel.

Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern.

§ 320 spricht in Uebereinstimmung mit dem gemeinen und französischen Rechte den Grundsatz aus, daß, wenn bei einem Schuldverhältnisse eine Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern vorhanden ist, bei Theilbarkeit der Leistung auch die Schuld resp. Forderung getheilt sei, „wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist."

Der Entwurf kennt nur eine rechtliche Konstruktion dieser Ausnahme, „das Gesammtschuldverhältniß".

Mit Recht hat er die scharfsinnige Unterscheidung der „Korrealität" und der bloßen „Solidarität" nicht aufgenommen, da hierfür ein praktisches Bedürfniß nicht besteht. Auch der code civil kennt diese Unterscheidung nicht; zwar haben einzelne Schriftsteller, z. B. Aubry und Rau, § 298 ter Note 6 unterschieden zwischen „solidarité parfaite und imparfaite"; allein allgemein anerkannt wurde derselbe weder in der Theorie, noch in der Praxis.

Abs. 2 des § 321 verlangt, daß bei der Eingehung eines Gesammtschuldverhältnisses die Absicht, ein solches zu begründen, aus dem Rechtsgeschäfte erhellen müsse, und giebt eine zwar entsprechende, aber selbstverständliche Auslegungsregel. — Durch das Gesetz begründete Fälle des Gesammtschuldverhältnisses zeigen z. B. die §§ 673, 713 und 714.

Neben dem Entwurfe bleiben selbstverständlich die Bestimmungen der Reichsgesetze in Kraft, welche für gewisse Rechtsverhältnisse Solidarität festsetzen, also z. B. Art. 280 des Handelsgesetzbuches 2c.

§ 322 deckt sich mit Art. 1201 und 1208 Alinea 1 c. c.

§ 323 bringt eine bedenkliche und unpraktische Neuerung.

Nach Windscheid § 296 und Art. 1198 c. c. gilt bei der aktiven Solidarobligation des sogenannten „Präventionsprinzip"; hat einer der Gläubiger den Schuldner gerichtlich verfolgt, so darf dieser an keinen andern mehr leisten. Der Entwurf steht auf dem entgegengesetzten, gemeinrechtlich weit verbreiteten Standpunkte. Dadurch kann der Schuldner in die unangenehme Lage kommen, nicht bloß mit einem, sondern mit allen seinen Gläubigern sich in Rechtsstreite einlassen zu müssen. Aus dem Wesen der „Gesammtberechtigung" läßt sich dieser Standpunkt nicht völlig rechtfertigen; vielmehr muß die gerichtliche Geltendmachung der Forderung Seitens eines Gläubigers gerade als die hauptsächlichste Bethätigung des Zweckes des Gesammtschuldenverhältnisses, Sicherung und Erleichterung der Rechtsverfolgung (Motive zu § 323) erachtet werden und daher mit dieser Erreichung des Zweckes die übrigen Gläubiger vor der Hand von weiteren Maßnahmen ausschließen.

§ 324 deckt sich mit den Bestimmungen des französischen Rechtes (Art. 1203, 1204, 1210—1212 c. c.).

§ 325 läßt die culpa eines Subjektes nur wirken für und gegen denjenigen, dem sie zur Last fällt. Der Standpunkt des Entwurfes, welchen auch Windscheid für das gemeine Recht vertheidigt, ist logisch richtig und daher dem Art. 1205 c. c., welcher zwar die Mitschuldner nicht für das Interesse, aber für die vera aestimatio haften ließ, vorzuziehen.

§ 326 behandelt den Einfluß des Verzuges auf das Gesammtschuldverhältniß und läßt denselben in Durchführung des im § 325 aufgenommenen Grundsatzes und im Gegensatze zu Art. 1105 c. c. nur „subjektiv" wirken; natürlich ist es anders, wenn das betreffende Obligationssubjekt bei der Mahnung oder (bei der aktiven Solidarobligation) bei dem Anerbieten zugleich im Namen der übrigen Subjekte gehandelt hat.

§ 327 spricht dem rechtskräftigen Urtheile, welches nicht zwischen allen Subjekten ergeht, nur subjektive Wirkung zu. Diese Bestimmung entspricht dem Grundsatze des § 192 und es ist aus dem Wesen des Gesammtschuldverhältnisses eine Aenderung nicht mit Nothwendigkeit abzuleiten, da ja verschiedene Aufhebungsthatsachen nicht objektiv, sondern nur subjektive wirken, auch die Entscheidungsgründe eines Urtheils nach § 293 C. P. O. der Rechtskraft entbehren, so daß z. B. im Falle eines abweisenden Urtheils der Motivirung, daß

ein Gesammtschuldverhältniß **überhaupt** nicht zur Entstehung gelangt oder objektiv erloschen sei, rechtsentscheidende Bedeutung nicht zukommt. Uebrigens wird in der Praxis das Mittel der Beiladung verschiedenartige Urtheile verhindern.

§ 327 entspricht dem französischen Rechte; nur wollen einzelne Rechtslehrer (Zachariae, Aubry und Rau) bei der aktiven Solidarobligation dem Schuldner das Recht zugestehen, den übrigen Gesammtgläubigern das gegen ein erstrittenes obsiegendes Urtheil für dessen Antheil entgegenzusetzen. Diese Anschauung ist mit den Grundsätzen des Gesammtschuldverhältnisses absolut unvereinbar.

§ 328 erscheint selbstverständlich und, obwohl im Gesetze „kein die Bestimmungen über das Gesammtschuldverhältniß beherrschendes Prinzip" ausgesprochen ist, überflüssig.

§ 329 erklärt als objektiv wirkende Thatsachen in Uebereinstimmung mit Art. 1197 und 1200 c. c. die Erfüllung und von den Erfüllungssurrogaten die Hinterlegung und datio in solutum.

Nach § 330 wirkt die einem Obligationssubjekte zustehende Einrede der Aufrechnung nicht objektiv aufhebend, konform der Bestimmung des Art. 1294. Dagegen wirkt nach § 331 die „**durchgeführte Kompensation**", was allgemein auch jetzt schon anerkannt ist (Windscheid § 295, 1 und § 298; Aubry und Rau § 298 ter Texte und Note 20) weil sie der Erfüllung gleichgestellt ist, objektiv befreiend.

§ 332 gibt dem Erlasse für beide Formen des Gesammtschuldverhältnisses objektive Wirkung nur, „wenn die Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses gewollt ist"; es hat also derjenige, der sich auf den Erlaß beruft, diese Willensmeinung zu beweisen. Art. 1285 c. c. läßt den Erlaß beim passiven Gesammtschuldverhältniß immer objektiv wirken „soferne nicht der Gläubiger sich ausdrücklich die Rechte gegen die Andern vorbehalten hat".

Beim **aktiven** Gesammtschuldenverhältniß wirkt der Erlaß nach Art. 1198 c. c. immer nur subjektiv.

Was vor Allem die Gleichstellung beider Formen des Gesammtschuldverhältnisses betrifft, so lassen sich dieser Bedenken entgegenstellen. Allein diese Bedenken werden theilweise durch die Erwägung beseitigt, daß z. B. durch Verstecken des Erlasses in eine Quittung die gegentheiligen Bestimmungen umgangen werden können, theilweise durch die dem Schuldner im § 332 auferlegte Beweislast. —

Mir scheint es praktischer und folgerichtiger zu sein, den § 332 zu fassen in einer dem Art. 1285 c. c. entsprechenden Form:

„Falls nicht der Gläubiger die Rechte seiner Mitgläubiger oder die Rechte gegen die andern Mitschuldner sich ausdrücklich vorbehält."

Der Erlaß hebt das Forderungsrecht auf; logisch ist daher seine objektive Wirkung beim Gesammtschuldverhältniß; ist dies nicht gewollt, so hat der zu beweisen, welcher sich auf diese Ausnahmewirkung beruft.

§ 333 entspricht dem französischen Rechte (Art. 1209 und 1301).

§ 334 bestimmt, daß, wenn die Erfüllung nur für die Person eines Gesammtschuldners oder nur an die Person eines Gesammtgläubigers unmöglich wird, hierdurch nicht die Obligation erlischt.

Abs. 2 ist lediglich eine selbstverständliche Konsequenz des § 325. Die hier einschlägige Bestimmung des code civil (Art. 1205) wurde oben besprochen.

§ 335 giebt im Gegensatze zum gemeinen und französischen Rechte (c. c. Art. 1199, 1206 und 2249) der Unterbrechung und Hemmung der Verjährung nur subjektive Wirkung, und befindet sich hiermit im Einklange mit Art. 80 der Wechselordnung und Art. 148 des Handelsgesetzbuches.

Dem Entwurfe ist beizustimmen, da ja jeder Gesammtgläubiger resp. Gesammtschuldner durch die Klage resp. Anerkennung nur sein eigenes Geschäft besorgt und die Annahme, daß ein gegenseitiges Bevollmächtigungsverhältniß unter den einzelnen Obligationssubjekten bestehe, keinen gerechtfertigten Anhaltspunkt hat.

§ 336 giebt in Konsequenz des im § 335 angenommenen Grundsatzes auch der vollendeten Verjährung nur subjektive Wirkung.

Die §§ 337 und 338 behandeln das innere Verhältniß der mehreren Obligationssubjekte zu einander. Hier nimmt der Entwurf aus praktischen, zutreffenden Erwägungen in § 337, Alinea 1 den Standpunkt des französischen Rechts (c. c. Art. 1213—1216) ein, daß im Verhältnisse zu einander die Gesammtgläubiger zu gleichen Antheilen berechtigt, die Gesammtschuldner zu gleichen Antheilen verpflichtet sind. Eine Ausnahme giebt nur das Gesetz (z. B. §§ 338, 713 und 1696) oder das betreffende Rechtsgeschäft.

Alinea 2 und 3 entsprechen den Art. 1215 Ziff. 3 und 1214 c. c.

§ 338 versagt bei Gesammtschuldnern „aus widerrechtlicher Handlung" demjenigen, welcher vorsätzlich gehandelt hat, den Regreß gegen die übrigen Gesammtschuldner. Im französischen Rechte

bestand diese Ausnahme nicht; allein aus ethischen Gründen erscheint sie gerechtfertigt.

Die §§ 339—341 behandeln die untheilbare Leistung beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger oder Schuldner, ohne daß ein Gesammtschuldverhältniß vorliegt (code civil Art. 1222—1225).

Haben mehrere Gläubiger eine untheilbare Leistung zu fordern, so steht nach Art. 1224 c. c. jedem Einzelnen das Recht zu, die Leistung zu begehren, und wird der Schuldner durch Leistung an ihn befreit.

Nach § 339 ist dies nur der Fall, wenn durch die an einen Gläubiger gemachte Leistung auch die übrigen befriedigt werden z. B. bei Herstellung einer Allen gleichmäßig dienenden Wasserleitung.

Ist dies nicht der Fall, z. B. wenn mehrere die Leistung einer deponirten Sache zu fordern haben, so sind — nach dem Vorgange des preußischen Rechts — nur alle Gläubiger zusammen die Leistung zu fordern berechtigt.

Wenn diese Bestimmung prinzipiell richtig ist, so ist die gegentheilige des französischen Rechts doch viel praktischer. Die Motive müssen selbst anerkennen, daß bei Renitenz eines Gläubigers, ungeachtet der einzelne die Leistung an alle Gläubiger verlangen kann, im Zwangsvollstreckungsverfahren unbesiegliche Hindernisse sich entgegenstellen werden.

Unter solchen Umständen wäre § 339 Alinea 1 zu formuliren: Haben ...... zu fordern, so darf der Schuldner an jeden Gläubiger leisten; jeder der Gläubiger darf die Leistung begehren.

§ 339 Alinea 2 bestimmt, daß jede Thatsache, welche sich nur in der Person eines Gläubigers ereignet, nicht für und gegen die andern Gläubiger wirkt, wie Art. 1224 Alinea 2 für den Fall des Erlasses normirt.

Während nun aber diese Gesetzesstelle weiter bestimmt, daß in solchen Fällen der Gläubiger, welcher dann die untheilbare Leistung fordert, dem Schuldner den Antheil des Erlassenden zu vergüten habe, will der Entwurf die Frage nicht entscheiden, ob eine z. B. durch Erlaß, Verjährung, Vereinigung 2c. bezüglich einer Gläubigerperson die Obligation lösende Thatsache den andern Gläubigern zu Gute kommen soll oder wie Art. 1224 bestimmt, dem Schuldner.

Das Letztere dürfte dem Willen der Parteien und der Billigkeit entsprechen, während allerdings die strenge Konsequenz aus der Untheilbarkeit zur ersteren Alternative führt.

§ 340 bestimmt, daß, wenn mehrere Schuldner untheilbar zu leisten haben, jeder das Ganze zu leisten hat, und beurtheilt das Rechtsverhältniß ganz nach dem Gesammtschuldverhältniß, in Uebereinstimmung mit Art. 1222 c. c.

§ 341 schließt sich an das geltende Recht an, indem er das Prinzip des § 320 auch auf die untheilbare Leistung ausdehnt, falls dieselbe sich in eine theilbare Leistung umwandelt z. B. Schadenersatzforderung statt der ursprünglichen Leistung.

Schlußbetrachtung.

Die Bestimmungen des Entwurfes über „Schuldverhältnisse im Allgemeinen" werden nicht vielem Tadel ausgesetzt sein.

Die erprobten Grundsätze des römischen Rechtes sind unter Berücksichtigung der neueren wissenschaftlichen Ergebnisse, namentlich der ausgezeichneten Arbeiten Windscheid's, und unter entsprechender Anpassung an die veränderten modernen Wirthschafts- und Verkehrsverhältnisse musterhaft geordnet. Wenn der Praktiker vielleicht auch die eine oder andere Bestimmung im Interesse der Vermeidung unnöthiger Prozesse geändert sehen will, so stößt dieser Umstand obiges Urtheil nicht um.

Gegenüber dem französischen Rechte, welches hier ja auch auf dem Boden des römischen Rechts steht, ist der Entwurf, wenn auch die materiellen Aenderungen nicht bedeutend sind, durch seine logische Ordnung des Stoffes, Kürze und Präzision des Ausdrucks ein hochwillkommener Fortschritt. —

Buch IV. Familienrecht. Abschnitt 1 Ehe.

Von dem Königl. Advokaten Rechtsanwalt Dr. Berolzheimer in Nürnberg.

Buch IV.
Familienrecht.
Erster Abschnitt.
Ehe.
Erster Titel.
Eingehung der Ehe.
I. Verlöbniß.

1.

§§ 1227—1230.

Die Bestimmungen des Entwurfs über das Verlöbniß und seine Wirkungen sind durchgreifend und durchsichtig: sie dezimiren diese Wirkungen, so daß der positiv rechtliche Vermögenswerth des Verlöbnisses fast auf den Nullpunkt sinkt, und stehen auf dem Standpunkt, auf dem der bayrische oberste Gerichtshof von jeher bei unwirksamen außergerichtlichen Eheverlöbnissen stand.

Urtheil des obersten Gerichtshofs vom 19. Mai 1874.
Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofs für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses Bd. IV. S. 290.

Die Verlöbnißwirkung besteht hiernach in dem binnen Jahresfrist geltend zu machenden Ersatzanspruch des vertragsgetreuen Theiles bezüglich der von ihm und seinen Eltern in Erwartung der Eheschließung gemachten Aufwendungen, eingegangenen Verbindlichkeiten

oder sonst getroffenen Verfügungen; auch wird das Rückforderungsrecht hinsichtlich bräutlicher Geschenke beschränkt.

Vergleiche auch Motive Bd. II. S. 753.

Gesetzgeber und Richter haben auf dem bequemen Ruhekissen dieser Bestimmungen einen leichten Stand: sie gehen rechtlichen und thatsächlichen Verwickelungen und schwierigen Schadensprozessen meilenweit aus dem Weg. Mit solchen Radikalkuren wird aber immer ein gutes Stück materiellen Rechtes getödtet, ein tiefer Einschnitt in das Rechtsgefühl vollzogen. Das arme Dienstmädchen, das mangels materieller Mittel keine Aufwendungen machen, mangels Kredits keine Verbindlichkeiten eingehen konnte, fällt mit seinem Schadensersatzanspruch gegen den vertragsungetreuen reichen Verlobten durch.

Es könnte dies vermieden werden, ohne daß deshalb schwierige Schadensprozesse die Folge wären, wenn eine dem § 113 Thl. II Tit. 1 des preußischen Landrechts nachgebaute Bestimmung:

> Liegt ein schriftlicher Verlobungsvertrag vor und ist in demselben auf den Fall des Rücktritts eine bestimmte Geldsumme als Entschädigung vorbedungen, so hat es hierbei sein Bewenden

unter gleichzeitiger Aenderung des § 424 des Entwurfs Eingang fände.

2.

II. Ehehindernisse und III. Eheschließung.

Die Bestimmungen über Ehehindernisse (§§ 1231—1244) und Eheschließung (§§ 1245—1249) reproduziren die bewährten Bestimmungen des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875.

Die wichtigste Abweichung besteht darin, daß die Töchter nicht bis zum zurückgelegten 24., sondern wie die Söhne bis zum zurückgelegten 25. Lebensjahre der Einwilligung des Vaters zur Eheschließung bedürfen, daß — eine Aenderung, wofür wir uns nicht begeistern können — die Klage auf richterliche Ergänzung des Verehelichungskonsenses nicht mehr, wie bis jetzt

vergl. Bl. für Rechtsanwendung Bd. 42 S. 206

nur großjährigen, sondern auch minderjährigen Kindern zusteht, und daß jetzt nach dem Vorbild des französischen und des sächsischen Rechtes auch die Ehe zwischen dem Annehmenden und den Abkömmlingen des Angenommenen verboten wird und zwar auch dann,

wenn auf diese Abkömmlinge die Annahme an Kindesstatt sich nicht erstreckt hat.

Die Bestimmungen betreff der Eheschließung geben zu keinerlei Beanstandung Anlaß; zu begrüßen ist insbesondere, daß die wesentlichen Formen der Eheschließung von den unwesentlichen scharf geschieden und die ersteren auf ein möglichst geringes Maß beschränkt sind.

3.

IV. Ungültigkeit der Ehe.

Als Anmerkung zu diesem Unterabschnitt sind verschiedene das Verfahren in Ehesachen, insbesondere auch die Nichtigkeitsklage, betreffende Aenderungen und Ergänzungen der Civilprozeßordnung angeführt.

Zwei dieser Bestimmungen, nämlich §§ 573a und 575a zweiter und dritter Satz sind zu beanstanden.

§ 573a lautet:

> Zur Führung des Rechtsstreites bedarf der Bevollmächtigte des klagenden Ehegatten einer besondern, auf diesen Rechtsstreit gerichteten Vollmacht. Das Gericht hat den Mangel einer solchen Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen.

§ 575a lautet:

> Die Anfechtungsklage kann von dem Kläger zu jeder Zeit auch ohne Einwilligung des Beklagten zurückgenommen werden.
>
> Der Bevollmächtigte des Klägers bedarf zu der Zurücknahme einer besondern, hierauf gerichteten Vollmacht.
>
> Das Gericht hat den Mangel einer solchen Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen.

Noch stehen zwar die Motive zu diesen Bestimmungen aus; es kann aber schon jetzt gesagt werden, daß sie, da zu den Bevollmächtigten auch die Prozeßbevollmächtigten und zwar in erster Linie zu rechnen sein werden, von einem nicht gerechtfertigten Mißtrauen gegen den Anwaltstand eingegeben sind.

Gerade der bayrische Anwaltstand kann von den Erfahrungen im Vollmachtspunkte unter den verschiedenen Prozeßordnungen sprechen.

Bis zum Jahre 1870 wurde die Beibringung der Vollmacht sogleich im Anfang des Prozesses von Amtswegen, nöthigen Falls unter Androhung von Geldstrafen gefordert

Seuffert Kommentar zur Gerichtsordnung Bd. II S. 372.

Von 1870 — 1879 bedurfte nach Art. 89 der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern der für eine Partei auftretende Advokat im Anwaltsprozesse keines besondern Nachweises der Bevollmächtigung.

Seit 1879 hat der Anwalt die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht, die, wenn sie eine Privaturkunde ist, auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt sein muß, nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben

Art. 76 der R. C. P. O.

Die Praktiker werden bestätigen, daß die Bestimmungen des Art. 89 der Prozeßordnung für Bayern keine Mißstände im Gefolge hatten, und daß die formellen Erschwerungen des Bevollmächtigungsnachweises grund- und zwecklos sind.

4.

Im Uebrigen geben die materiellen Vorschriften dieses Titels betreff nichtiger Ehen zu Beanstandungen keinen Anlaß: nur dürfte der Schlußsatz des § 1256 „sofern dieser nicht an dem Prozesse Theil genommen hatte" in „sofern diesem nicht der Streit verkündet worden war" abzuändern sein.

Denn es muß den Parteien die Möglichkeit gegeben sein, den subjektiven Umfang der Rechtskraft des Urtheils auch auf den Dritten zu erstrecken, mit welchem die frühere Ehe geschlossen war; diese Nichterstreckung vom Belieben des Dritten abhängen zu lassen, besteht kein Grund.

Konsequent wäre dann allerdings die gleiche Aenderung in § 1632 Abs. 1 s. f.

5.

Was die Vorschriften hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Ehen betrifft, so dürften die Gründe nicht durchschlagend sein, welche gegen die Zulassung der Anfechtung der Ehe wegen Irrthums des einen Theiles über sogenannte wesentliche Eigenschaften oder Verhältnisse des andern Theiles maßgebend waren.

Das geltende Recht nimmt überwiegend den entgegengesetzten Standpunkt ein: das Postulat der „Verhehlung" wie es die Ziffer 1 fordert, läßt den Irrenden, dem Nichts „verhehlt" wurde, der sich aber in einem entschuldbaren Irrthum befand, außerdem rechtlos erscheinen, zumal ein fahrlässiges Verhalten des andern Theils

die Anfechtung nicht begründet, und die auf inneren Gründen beruhende Impotenz kein Anfechtungsgrund ist.

6.

Den zweiten Satz des § 1265: „die Vorschriften über den Anwaltszwang bleiben unberührt", halten wir für überflüssig: das Mißverständniß, als ob durch Satz 1 auch die Vorschrift des § 74 der R. C. P. O. über die Vertretung durch einen Anwalt berührt würde, kann wohl ernstlich nicht auftauchen. Im Gegentheile: Durch diesen zweiten Satz könnte das Mißverständniß entstehen, als ob in andern Fällen, in welchen das Klagerecht an eine bestimmte Person geknüpft wird, die Vorschrift des § 74 berührt würde.

Zweiter Titel.

Wirkungen der Ehe.

I. Allgemeine Vorschriften.

7.

Die spinöse Materie betreff der Rückkehrpflicht der Frau ist mit einem glücklichen gesetzgeberischen Griff in § 1273 geordnet, obwohl die Frage, ob das Recht des Ehemannes, den Wohnort zu bestimmen, durch vorehelichen Vertrag beschränkt oder ausgeschlossen werden kann, vielleicht bejaht werden durfte.

Der Vater, der sein einziges Kind unter der Bedingung, daß der Schwiegersohn seinen Aufenthalt in derselben Stadt nimmt, demselben gibt, schließt gewiß keinen Vertrag gegen die guten Sitten (§ 106), und doch wird dem Vertrage durch § 1273 Giltigkeit und Klagbarkeit abgesprochen.

Wird insbesondere nur einem vor Abschluß der Ehe vereinbarten Vertrag Geltung zuerkannt, so entfallen die dem Abschluß des Vertrages von den Motiven entgegengehaltenen Bedenken.

8.

Nicht erwärmen können wir uns, wenn wir auch keinen Abänderungsantrag stellen, für eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, zumal da eine Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens im Wege der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen ist.

9.

Nicht einleuchtend erscheint uns die Begründung dafür (Motive S. 124, 203, 248), daß es nicht innerhalb des Rahmens der Unterhaltungspflicht des Ehemannes liegt, die durch die Vertheidigung der

Ehefrau in einem Strafverfahren verursachten Kosten, zu deren Erstattung sie verpflichtet ist, in Ermangelung eigenen Vermögens der Ehefrau aus eigenen Mitteln zu bezahlen.

Auch wenn die Vertheidigung nicht nothwendig ist, die Bestellung eines Vertheidigers auf Kosten des Staates daher nicht Platz greift, ist es ein Gebot der rechten ehelichen Gesinnung des Ehemannes im Sinne des § 1273, daß der Ehefrau, die die Aufstellung eines Vertheidigers wünscht, hierzu aber nicht die Mittel hat, dieser Anspruch nicht versagt wird. Es kann dies nicht in eine Reihe mit den Prozeßkosten (S. 125 der Motive) gestellt werden: in Civilprozessen handelt es sich nicht um Ehre und Freiheit.

10.

II. Eheliches Güterrecht.

Wenn die Motive S. 155 es als „unerläßliche Bedingung für ein in ganz Deutschland einzuführendes eheliches Güterrecht" bezeichnen, „daß es einfach, klar und praktisch leicht zu handhaben ist," so kann man kaum behaupten, daß diese Bedingung vom Entwurf erfüllt wurde. Was insbesondere die Einfachheit anlangt, so sind die Bestimmungen, welche Lasten der Ehemann im Falle des § 1297 für die Zeit der ehelichen Nutznießung und Verwaltung zu tragen hat, welche Verbindlichkeiten der Ehefrau im Falle des § 1362 nicht Gesammtgutsverbindlichkeiten sind, welche Verbindlichkeiten des Gesammtgutes im Falle des § 1367, welche Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten im Falle des § 1400, welche Verbindlichkeiten im Falle des § 1426 nicht dem Gesammtgute zur Last fallen, so kasuistisch und nicht durchsichtig, daß uns tiefes Mitleid mit den armen Rechtskandidaten erfaßt, die aus dem zweiten und dritten Titel des vierten Buches geprüft werden; es darf wohl die Behauptung aufgestellt werden, selbst der Redaktor dieser Bestimmungen könnte den einzelnen praktischen Fall nicht lösen, wenn er nicht vorher für diesen Zweck sein opus nachliest und studirt.

Die Einfachheit und Durchsichtigkeit wird auch gewiß nicht dadurch befördert, daß man bei dem Aufbau der allgemeinen Gütergemeinschaft neben dem Vorbehaltsgut auch Sondergut, diese Regel und Grundlage der Errungenschaftsgemeinschaft zuläßt, und nicht unwesentliche Beschränkungen des Prinzips der Ehevogtei statuirt.

Abgesehen hiervon so kann jeder Praktiker auf dem Standpunkt des Entwurfs stehen: er kann die einheitliche Regelung des Güter-

rechts begrüßen, er kann damit einverstanden sein, daß entsprechend dem Beschluß des 12. Juristentages das gesetzliche Güterrecht auf das Prinzip der Verwaltungsgemeinschaft, der Nutznießung und Verwaltung des Ehemannes — und zwar das Verwaltungsrecht nicht als potenzirtes Recht der ehelichen Nutznießung, und als Ausfluß der letztern, sondern als ein hiervon innerlich verschiedenes Recht — gegründet, daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft dieselbe Konstruktion, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, das Prinzip des deutschrechtlichen Miteigenthums zu Grunde gelegt wird, und daß auch die andern Hauptsysteme des ehelichen Güterrechts entsprechend dem Abtheilungsbeschluß des 13. Juristentags ihren gesetzlichen Ausbau als vertragsmäßige eheliche Güterrechte gefunden haben. Die Wohlthat, die hierdurch dem Recht Spendenden, dem Recht Vermittelnden und dem Recht Suchenden zu Theil wird, ist so gewaltig, daß wir schon deshalb allein das Gesetz mit allen seinen wirklichen und vermeintlichen Gebrechen begrüßen.

Daß namentlich der eheliche Güterstand in dem Ehevertrag, welch letzterer vor und nach Eingehung der Ehe geschlossen werden kann, nicht durch Bezugnahme auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Gesetz bestimmt werden kann (§ 1334), erscheint Jedem, der im Lande der 114 Peißl'schen bezw. 43 Roth'schen bayrischen Partikularrechte — die Motive sprechen für ganz Deutschland nur von weit über 100 geltenden ehelichen Güterrechten — amtirt, als eine Erlösung.

Nur folgende Bemerkungen greifen hier Platz:

11.

Für die bei einer Zuwendung unter Lebenden erfolgende Nebenbestimmung, daß die zugewendeten Vermögensgegenstände Vorbehaltsgut sein sollen, (§ 1287) dürfte sich zur Vermeidung von Komplikationen bei Auseinandersetzungen eine besondere Form empfehlen; nimmt man die Schriftlichkeit als genügend an, so wird dadurch die Zuwendung nicht mehr erschwert, als eben jede Formvorschrift nothwendig mit sich bringt.

12.

Im Fall des § 1288 dürfte auch dem dritten Kontrahenten das Recht zur Aufforderung an den Ehemann eingeräumt werden, die möglichst baldige Beendigung des Schwebezustandes kann noch mehr im Interesse des Dritten liegen, als in dem der Eheleute.

13.

Die Aufhebung der Berechtigung der Ehefrau auf Bestellung einer Hypothek an den Grundstücken des Ehemannes mindestens für den Anspruch auf Ersatz des Werthes der dem Ehemann nach den Grundsätzen über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen als Eigenthum überlassenen Ehegutsgegenstände scheint uns nicht genügend motivirt; obwohl wir uns eines Abänderungsantrags enthalten; die Bestimmung des § 12 Ziff. 6 des bayrischen Hypothekengesetzes hat zu Mißständen in der Praxis keinen Anlaß gegeben. Besteht aber diese Sicherung der Frau, dann kann um so leichter die dem zwischen den Ehegatten bestehenden Vertrauensverhältnisse nicht entsprechende Bestimmung der §§ 1033 und 1034 und noch mehr § 1036 zu Gunsten der Rechte des Ehemannes geändert werden.

14.

Aus dem von uns oben bereits erwähnten Grunde, wären wir in § 1297 Nr. 6 für Streichung der Worte „sofern der Ehemann zu der Vertheidigung seine Einwilligung oder Genehmigung ertheilt hat.“ Diese Vertheidigungskosten — die sich angesichts des § 140 der R. St. P. O. auf vielleicht 30 Mark belaufen, nämlich 10 Mark Vorverfahren, 20 Mark Hauptverfahren, und daher kaum der Ehre einer eigenen Ziffer des § 1297 und der 34 Zeilen Motive würdig sind — sind ein Aufwand, zu dem der Ehemann aus sittlichen Gründen seine Einwilligung geben muß; gibt er sie nicht, so hat das Gesetz den Konsens zu fingiren.

Mit Rücksicht auf die Bagatellemäßigkeit der Ziffer würden wir den Schlußsatz des § 1297 lauten lassen:

> „Die unter Nr. 4 und 5 (nicht 4 bis 6)“. Vergleiche auch § 1366.

15.

Nach § 1301 ist ein Rechtsgeschäft der Ehefrau unter Lebenden . . . in Ansehung des Ehegutes . . . wirksam, wenn der Ehemann in die Vornahme des Rechtsgeschäfts eingewilligt hat oder „dasselbe“ genehmigt. Dies wird in den Motiven Seite 229 mit den Worten wiedergegeben „oder dieselbe genehmigt.“ Letztere Fassung, wonach also die Genehmigung der Vornahme des Rechtsgeschäfts genügt, wird wohl nicht gemeint sein, vergleiche auch § 1353 Abs. 3 und 4.

16.

Welche Folgen eintreten, wenn im Falle des § 1302 der Ehemann seine Einwilligung zur Erhebung des Rechtsstreits oder seine Ge-

nehmigung nicht giebt, diese Beurtheilung wird der Wissenschaft und Praxis zu überlassen, und es wird daher Satz 2 des § 1302 zu streichen sein. Die Lösung, die der Entwurf giebt, reicht nicht aus, wenn es sich z. B. um Klage und Widerklage handelt, der erstern zu Gunsten, der letztern zum Nachtheile der Ehefrau stattgegeben wurde: Hier kann doch nicht die § 1302 statuirte Zerreißung des Sach- und Streitverhältnisses eintreten.

17.

Hinsichtlich des § 1306 und des § 1358 dürfte zu erwägen sein, ob nicht Vorsorge für den Fall getroffen wird, daß im Augenblick der Klagserhebung der Ehemann abwesend oder krank war, während kurze Zeit darnach die Einholung seines Konsenses möglich war.

18.

In § 1312 Ziff. 1 dürften die Worte „die Ehefrau die Beklagte war und" zu streichen m. a. W. das Ehegut für den Ersatz der Prozeßkosten auch dann haftbar sein, wenn die Ehefrau die Klägerin war. Hierfür spricht nicht nur die Analogie der Haftung für die Deliktsschulden, sondern auch der Umstand, daß die Frage, ob es unbilliger ist, den Ehemann der frivolen Prozeßführerin oder den Gegner derselben für „den Leichtsinn und die Streitsucht der Prozeßführerin mit der oft schwer drückenden Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten zu belasten" (Motive S. 282) offenbar zum Nachtheile des Ehemannes zu lösen ist.

19.

Der Absatz 2 des § 1317 dürfte im Hinblicke auf die allgemeine Fassung des § 1279 zu streichen sein, ohne daß hierdurch Mißverständnissen Raum gegeben wäre.

20.

Die Worte „und eine erhebliche Gefährdung" bis „zu besorgen ist" in § 1328 Ziff. 2 dürften aus dem unten bei § 1372 Ziff. 3 angeführten Grunde der Streichung unterliegen.

21.

Voll und ganz stehen wir auf dem Standpunkte des Entwurfs in der Materie von den Eheverträgen: es ist die Freiheit der Nupturienten und der Ehegatten gewahrt, ohne daß die Interessen gutgläubiger Dritter — in Folge Einführung eherechtlicher auf Einer Stufe mit dem Handelsregister stehender Register — gefährdet sind, und ohne daß übersehen ist, daß das Institut der Ehe ein Institut

der öffentlichen Ordnung ist. Allerdings ist es angesichts der §§ 1283 bis 1434 nicht unschwierig, einen der vollen Intention, dem vermuthlichen Durchschnittswillen der Parteien, den Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit gerecht werdenden Vertragsentwurf hinsichtlich des Güterrechts zu entwerfen, ohne sich gegen diese Paragraphen zu verstoßen, es wäre daher eine höchst dankenswerthe, wenn auch mühevolle Thätigkeit, solche Vertragsformulare zu veröffentlichen, zumal da das Institut der Gütertrennung doch nur in zwei Paragraphen §§ 1339 und 1340 seine gesetzliche Ausgestaltung gefunden hat.

22.

Vollständig dagegen und mit einer gewissen Vorliebe hat der Gesetzgeber das Institut der allgemeinen Gütergemeinschaft — es ist dies gleichsam das gesetzgeberische Normal- und Musterinstitut — auf- und ausgebaut.

Bezüglich dieses Abschnittes, der Vereinigung des beiderseitigen Vermögens auf gemeinsamen Gedeih und Verderb, aufgebaut auf der Grundlage des deutschrechtlichen Miteigenthums d. h. „eines Miteigenthumes, bei welchem im Gegensatze zu dem auf dem Prinzipe der Freiheit der einzelnen Theilhaber beruhenden römischen Miteigenthume die Antheile der einzelnen Theilhaber während der Dauer der Gemeinschaft durch die Zwecke der letzteren gebunden sind und deshalb als selbständige Vermögensrechte nicht geltend gemacht werden können, sondern erst mit der Auflösung der Gemeinschaft praktisch hervortreten" sind nur folgende Bemerkungen veranlaßt.

23.

Der zweite Satz Absatz zwei des § 1341 eignet sich zur Streichung: derselbe enthält eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbefolgung keine praktische Konsequenz zur Folge hat; derartige unvollständige Vorschriften sollen und können um so mehr vermieden werden, als jeder Kuratelrichter bei den außergewöhnlichen und tiefeingreifenden Wirkungen der allgemeinen Gütergemeinschaft vor der Genehmigung des Vertrags den Vertragschließenden hören wird, und als die Vorschrift nicht hierher, sondern in die Vormundschaftsordnung gehört.

24.

Unter dem „Vorbehaltsgut" versteht der Entwurf nach § 1346 die von dem Gesammtgute vollständig ausgeschlossenen, durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut eines der Ehegatten erklärten Gegenstände;

er versteht aber auch darunter (§ 1286) die von der ehelichen Nutznießung und Verwaltung ausgeschlossenen, durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklärten Gegenstände; ferner (§ 1416) die von dem Gesammtgute und dem Sondergute eines Ehegatten ausgeschlossenen, in den §§ 1346—1349 bezeichneten Gegenstände; verschiedene Gattungen von Gegenständen mit demselben technischen Wort zu bezeichnen, wird zu vermeiden sein.

25.

Welcher Sinn mit den Worten „auf deren Verlangen" in § 1366 zu verbinden ist, vermag beim Schweigen der Motive hierüber nicht eingesehen zu werden, und wären daher diese Worte zu streichen.

26.

Wenn man auch nicht so weit gehen will, mit andern Rechten im Falle des § 1367 Ziff. 1 die Anrechnung nur für die Geldstrafen und Untersuchungskosten vorzuschreiben, so dürfte doch der Gedanke zum Ausdruck kommen, daß diese Anrechnung nur dann Platz greift, wenn der Ehegatte auch verurtheilt, nicht aber, wenn er freigesprochen wurde; im letztern Falle sind die aus dem mit Freisprechung des Ehegatten endigenden Strafverfahren erwachsenen Verbindlichkeiten unglückliche Zufälle, welche dem Gesammtgute zur Last zu legen sind.

27.

Mit Recht bemerken die Motive zu § 1372, es sei in erster Linie der Zweck des Gesammtguts, den Unterhalt für die Familie zu gewähren; der Ehemann, der die ihm in dieser Beziehung obliegende Verpflichtung verletzt, zerstöre selbst die Voraussetzungen, unter welchen die Ehefrau ihm ihr Vermögen überlassen hätte. Die Konsequenz dieser Anschauung dürfte aber zur Streichung der Worte „und eine erhebliche Gefährdung des Rechtes der Ehefrau oder der Abkömmlinge auf Gewährung des Unterhaltes für die Zukunft zu besorgen ist" führen, und zwar um so mehr, als der Entwurf auf Grund der Thatsache der Ueberschuldung eines Ehegatten bei Eingehung der Gütergemeinschaft dem andern Ehegatten das Recht nicht einräumt, die Wiederaufhebung der Gütergemeinschaft zu verlangen, als ferner die Auflösung der Gütergemeinschaft nicht schon dann verlangt werden kann, wenn durch die Unordnung, in welcher die Vermögensangelegenheiten des Ehemannes sich befinden, das Eingebrachte der Ehefrau oder der von ihr während der Ehe gemachte und in das Gesammtgut fallende Erwerb gefährdet wird,

auch dann nicht, wenn durch die aus unerlaubten Handlungen des Ehemannes für den letztern entstandenen Verbindlichkeiten zur Zahlung von Geldstrafen und Untersuchungskosten der Antheil der Ehefrau an dem Gesammtgute gefährdet wird.

28.

Wenn auch dem überlebenden Ehegatten nach § 1386 die Möglichkeit nicht benommen sein soll, die gütergemeinschaftliche Erbfolge auszuschlagen, so ist diese Ausschlagung doch keinesfalls zu begünstigen.

In der Regel wird auch, wie die Motive mit Recht bemerken, das gütergemeinschaftliche Erbrecht dem überlebenden Ehegatten vortheilhafter sein, als das gesetzliche Erbrecht, und derselbe daher ohne zwingende Gründe von seinem Ausschlagungsrechte keinen Gebrauch machen. Gerade aber der Umstand, daß das Ausschlagungsrecht dem überlebenden Ehegatten zum Nachtheile der Abkömmlinge die Möglichkeit gewährt, wenn während des Laufes der Deliberationsfrist ein erheblicher Erwerb ihm zugefallen sein sollte, den Abkömmlingen ihren Antheil an diesem Erwerbe zu entziehen, würde vielleicht eine Vorschrift rechtfertigen, daß auch im Falle der Ausschlagung ein solcher Erwerb als ein Gegenstand der Gütergemeinschaft zu erachten sei. Die Ausschlagung entspricht überhaupt nicht dem vermuthlichen Willen des zuerst versterbenden Ehegatten.

29.

Auch würde die Deutlichkeit wohl anfordern, daß der Schlußsatz des § 1390 heißt: „sie ist einseitig unwiderruflich; die Widerruflichkeit auch für den Fall auszuschließen, wenn beide Ehegatten mit dem Widerruf einverstanden sind, hierzu besteht doch wohl kein Anlaß.

30.

Gleiches gilt von dem Schlußsatz des § 1393.

31.

Weder im Fall des § 1398 Abs. 1, noch in dem des § 1266 Abs. 2, noch in dem des § 1403 Nr. 5 kann die Nothwendigkeit, daß diese Erklärungen nur vor dem Nachlaßgericht abgegeben werden können, und daß nicht eine vor einem Notar abzugebende und von diesem an das Nachlaßgericht einzusendende Erklärung genügt, eingesehen werden.

32.

Der Entwurf läßt eine Abwendung der im § 1403 Nr. 2 bestimmten Folge der Schließung einer neuen Ehe von Seiten des

überlebenden Ehegatten durch Einkindschaftung der Abkömmlinge in die neue Ehe nicht zu; es hängt dies damit zusammen, daß er dieses seinen Hauptsitz in Franken habende Einkindschaftsinstitut nicht anerkennt. Er geht davon aus, daß das Institut schädlich wirkt, weil es die Vorkinder großen Gefahren aussetzt und den Frieden in den Familien nicht befördert, sondern untergräbt. Als bayrischer Praktiker benütze ich diese Gelegenheit, mein ausdrückliches Einverständniß mit dem Entwurfe hier kundzugeben; konstatirt doch auch von der Pfordten in

Bd. IV S. 226 der Blätter für Rechtsanwendung,

daß das Institut in der That oft „statt des Friedens das Schwert, den Zwist und Hader, Neid und Bosheit in die Familien gebracht hat."

Da ferner nach § 1404 Satz 2 das Vormundschaftsgericht gestatten kann, daß, wenn ein antheilsberechtigter Abkömmling des überlebenden Ehegatten minderjährig oder bevormundet ist, die Auflösung der Gütergemeinschaft vor der Eheschließung unterbleibe und die Auseinandersetzung erst zu einer späteren Zeit erfolge, und da nach § 1406 Abs. 5 der überlebende Ehegatte berechtigt ist, das ganze Gesammtgut oder einzelne Theile desselben gegen Ersatz des durch Schätzung zu ermittelnden gegenwärtigen Werthes zu übernehmen, der Schichtungszwang sonach kein ausnahmsloser ist, so besteht in keiner Hinsicht ein Anlaß, dem zu Grabe getragen werdenden Institut eine Thräne nachzuweinen.

33.

In dem in § 1406 unterstellten Falle, wie auch im Falle des § 1384 ist nicht einzusehen, warum, wenn und soweit das Gesammtgut ohne vorgängige Berichtigung der darauf haftenden Schulden getheilt ist, der Gläubiger seinen Zugriff nicht wenigstens bis zum Betrage des bei der Theilung aus dem Gesammtgut Empfangenen soll nehmen dürfen.

Gestattet man überhaupt einmal die Korrektur der Theilung, indem man dem Gesammtgutsgläubiger freistellt, sich den Bereicherungsanspruch überweisen zu lassen, dann erscheint es vielleicht angezeigt, wenigstens eine verhältnißmäßige Haftung mit dem bei der Theilung aus dem Gesammtgut Empfangenen zu konstruiren, insbesondere wenn den Theilungsinteressenten zur Zeit der Theilung der Anspruch bekannt gewesen ist.

34.

Im Hinblicke auf § 777 hat der Entwurf bei § 1406 besondere Vorschriften in der Richtung nicht für nöthig erachtet, daß der überlebende Ehegatte, um den Theilungsinteressenten die erforderliche Kenntniß der Theilungsmasse zu verschaffen, zur eidlichen Bekräftigung des Inventars verpflichtet ist.

Es dürfte sich aber entsprechend dem Art. 85 des bayerischen Gesetzes vom 23. Februar 1879 zur Ausführung der Reichs-Civilprozeßordnung und Konkursordnung im Interesse der Pietät der Beisatz empfehlen:

Von Eltern können weder ihre Abkömmlinge noch deren Vormünder oder Pfleger einen Offenbarungseid verlangen.

35.

Daß das in § 1406 Abs. 5 dem überlebenden Ehegatten eingeräumte Wahlrecht auch nicht in den Fällen des § 1405 auf die Abkömmlinge übergehen soll, rechtfertigen die Motive durch die Erwägung, daß dies zu einer großen Härte gegen den überlebenden Ehegatten führen kann, wenn das Vermögen ganz oder theilweise von ihm herrührt.

Sieht man sich die Fälle des § 1405 an, so findet man einen pflichtvergessenen, mindestens an der Vorstufe der Kriminalität befindlichen Ehegatten, der keinerlei Anspruch darauf machen kann, daß das Civilgesetz ihn schonend behandelt, und wir meinen daher, daß dies Wahlrecht im Falle des § 1405 auf die Abkömmlinge übergehen soll.

36.

Ein Lieblingsausdruck des Gesetzgebers sind die Worte: „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt", „soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt"; in der Materie vom ehelichen Güterrecht kommt er nicht weniger als achtmal (1283, 1292, 1311, 1352 Abs. 1, 1352 Abs. 2, 1411 Abs. 1, 1411 Abs. 2, 1417) vor, in den §§ 1352 und 1411 sogar zweimal: unseres Erachtens ist die Restriktion eine selbstverständliche, die Sprache des Gesetzes wird dadurch nur schleppend, und es kann daher dieser Zwischensatz unbedenklich gestrichen werden.

Ebenso berührt es eigenthümlich, daß in früheren Paragraphen auf spätere, z. B. in § 1255 auf die §§ 1462, 1463, in § 1280 auf §§ 1488, 1492—1496, in § 1284 auf die §§ 1336, 1337, 1339, in

§ 1291 auf die §§ 1336, 1337, 1340, in § 1307 auf die §§ 1336, 1337 rc., statt in späteren auf frühere verwiesen wird.

37.

Daß — vergleiche Motive Seite 526 — bei der Errungenschaftsgemeinschaft eine persönliche Haftung der Ehefrau für die Gewerbeschulden des Ehemannes auch dann nicht anerkannt wird, wenn das Gewerbe zwar nicht von den beiden Ehegatten gemeinschaftlich auf deren Namen, sondern nur von dem Ehemanne allein und auf dessen Namen betrieben wird, die Ehefrau demselben aber dabei in äußerlich erkennbarer Weise Hülfe leistet, leuchtet nicht recht ein.

Wir fassen dies so auf, daß das Eheweib nicht haftet, selbst wenn, wie die Onolzbachische Konkursordnung von 1731 sich ausdrückt, sie mit dem Ehemanne zu offenem Kramladen und Markt gesessen. In diesem Fall, sagt die zitirte Quelle, ist sie pro socia et correa debendi zu halten, damit diejenigen, so mit ihr kontrahiren, nicht hintergangen werden.

Der Umstand, daß nach § 1275 Abs. 2 die Ehefrau zur Hülfeleistung im Geschäfte des Ehemanns insoweit verpflichtet ist, als solche Verrichtungen nach dem Stande des Ehemanns für die Ehefrau üblich sind, rechtfertigt die Freilassung der Ehefrau nicht; man hat bisher zwischen der Uxor mercatoris und der Uxor mercatrix unterscheiden können und unterschieden, und kann dies wohl auch in Zukunft.

Die vom Entwurfe ausdrücklich wiederholt anerkannte Tendenz der neueren Gesetzgebung, insbesondere auch der Konkursordnung, die Ehefrau vor den Gläubigern des Ehemannes nicht zu bevorzugen, ist gewiß mit der Aufstellung des Entwurfs schwer vereinbar.

38.

Wie sich der Entwurf in § 1430 Abs. 2 die Rechtshängigmachung des Anspruchs der Ehefrau auf Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft denkt, ob durch Erklärung gegenüber dem Mann, oder gegenüber dem Konkursverwalter, oder dem Konkursgericht, oder durch Klage, scheint nicht recht klar, wir würden daher die Worte „rechtshängig" durch die Worte „durch Erklärung gegenüber dem Konkursgericht geltend" ersetzen.

39.

Anlangend die Vorschriften über das eherechtliche Register, so könnte es der Gerichtsorganisationsbefugniß der Partikularstaaten

überlassen werden, ob jedes Amtsgericht ein eherechtliches Register zu führen hat, oder ob es nicht genügt, wenn zwei oder mehrere Amtsgerichte für die Zwecke der Registerführung zusammengelegt werden.

In Bayern, das beispielsweise Amtsgerichte unter 6000 Seelen hat, ist es gewiß nicht nöthig, bei jedem Amtsgerichte ein eherechtliches Register zu führen; es wird daher in § 1435 statt „jedem" zu setzen sein „dem".

In Konsequenz hiervon hätte dann der erste und zweite Absatz des § 1436 zu lauten:

> Die im § 1435 bezeichnete Eintragung muß bei demjenigen Amtsgerichte bewirkt werden, bei welchem das eherechtliche Register für den Bezirk des Wohnsitzes des Ehemanns geführt wird. Wird von dem Ehemanne der Wohnsitz in den Bezirk eines anderen Amtsgerichts verlegt, so hat die Eintragung auch bei demjenigen Amtsgerichte zu geschehen, bei welchem das eherechtliche Register für den Bezirk des neuen Wohnsitzes des Ehemannes geführt wird.

40.

Anlangend die Bestimmungen des 5. Titels: Auflösung der Ehe, so ist die Schwierigkeit, sich in der Ausprägung des legislativen Stoffes gleich fern von der materialistischen wie von der pietistischen Auffassung der Ehe zu halten, nicht zu verkennen. Dem Referenten will es nicht bedünken, als ob der Standpunkt des Entwurfs sich der Zustimmung der Praktiker in allen Punkten zu erfreuen haben wird.

Mag man auch das beinahe volle Dutzend der preußisch rechtlichen Ehescheidungsgründe, als solche nicht anerkennen und die Scheidung als ein nothwendiges Uebel betrachten:

Der Standpunkt, daß zwischen bekinderten und unbekinderten Ehen nicht unterschieden, und auch in letzterm Falle die gegenseitige Einwilligung auch dann nicht als absoluter Ehescheidungsgrund gilt, sobald „weder Leichtsinn, oder Uebereilung, noch heimlicher Zwang von einer oder der andern Seite zu besorgen ist" daß nur Scheidungsgründe anerkannt werden, welche auf dem Prinzipe der Verschuldung des einen Ehegatten beruhen, daß daher insbesondere der Ehescheidungsgrund der Raserei und des Wahnsinns der gänzlichen Verstandszerrüttung nicht anerkannt wird, nicht anerkannt trotz der wirthschaftlichen Nachtheile und der sittlichen Gefahren, welche dem

Ehegatten und den Kindern drohen, wenn ersterer durch Versagung dieses Scheidungsgrundes gehindert ist, eine neue Ehe einzugehen, ist eine Neuerung, welche den Bedürfnissen des Lebens, den realen Verhältnissen, dem Charakter der Ehe als eines Rechtsverhältnisses eines nicht nur sittlichen, sondern auch rechtlichen Instituts kaum entspricht.

Dies um so mehr, als auch das landesherrliche Ehescheidungsrecht, das auf dem Gebiete des Ehescheidungsrechts die Stelle der Gnade auf dem Gebiete des Strafrechts einzunehmen hätte, aufgehoben wird.

Der Gesetzgeber darf doch nicht übersehen, daß die Häufigkeit oder Seltenheit der Scheidung nicht allein von der Laxheit oder Rigorosität der Scheidungsgesetzgebung abhängt.

Es ist im diesrheinischen Bayern unbestrittenen Rechtens, daß auf Grund gegenseitiger Einwilligung und erfolgter Regelung der Vermögensverhältnisse jüdischen Ehetheilen die Scheidung vom Gerichte zu bewilligen ist,

Harburger in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 52 S. 105. Sammlung oberstrichterlicher Urtheile Bd. XI S. 175.

und doch lehrt die Statistik die relative Seltenheit der Ehescheidung unter den Israeliten.

41.

Auch die Konstruktion der Trennung von Tisch und Bett wird dem Praktiker kaum einwandsfrei erscheinen, abgesehen von der Vervielfältigung und Verlängerung der nothwendig mit Aergerniß für die Ehegatten selbst und für ihre Familien verbundenen, auch kostspieligen Prozesse, die doch gerade auf dem Gebiete der Ehe zu vermeiden sein wird, so wird es unendlich wenig Ehen geben, die, nachdem einmal über sie die rauhe Luft des Trennungsprozesses geweht hat, noch segenbringend und veredelnd und nicht scheidungsreif und nicht im Rückenmark gebrochen erscheinen; erbitterter, nicht geläuterter treten die Eheleute aus dem Fegefeuer des Trennungsprozesses heraus.

Die Motive erkennen S. 635 zu § 1461 selbst an, daß voraussichtlich in der Mehrzahl der Fälle die Scheidung der zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett folgen wird.

Mag man daher auch die Neuerung des Entwurfs in seiner Aufstellung relativer Scheidungsgründe — insbesondere schwere Mißhandlungen, entehrende Verbrechen oder Vergehen, ehrloses oder

unsittliches Verhalten — als eine berechtigte erachten, mag man insbesondere sich dabei beruhigen, daß, wie so häufig, die „Wohlthat" des Richters ein Korrektiv abgibt gegen die „Plage" des Gesetzgebers, mag man den Mangel aller Normen betreff der nach internationalem Privatrecht zu beurtheilenden Ehen nicht vermissen, — die oben angeführten Bedenken lassen sich nicht zurückdrängen, und werden, wenn der Entwurf Gesetz wird, nur zu bald die „Novelle" zeitigen.

Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken:

42.

Da im § 1441 Abs. 2, § 1441 Satz 2 und 3 des Absatzes 3, § 1445 Abs. 2 die Scheidung unstatthaft ist, so wird der Satz 2 des § 1440 korrekter dahin lauten:

> die Scheidung ist nur in den Fällen zulässig, welche in den § 1441 Abs. 1, § 1443 Abs. 1 und 2 und Satz 1 des Absatzes 3, § 1445 Satz 1 bezeichnet sind.

43.

Stellt man sich auf den scheidungserschwerenden Standpunkt des Entwurfs und betrachtet man selbst die mit Gewalt geschehene Vornahme unzüchtiger Handlungen an einer Frauensperson, also eine mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren strafbare Handlung nur als relativen Scheidungsgrund, dann wäre konsequent auch die widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Thieren, eine mit Gefängniß bis zu 5 Jahren strafbare Handlung, nicht als absoluter, sondern nur als relativer Scheidungsgrund zu erachten.

44.

Ob die Konstruktion des Scheidungsverfahrens wegen Quasidesertion nicht zu sehr das Verfahren erschwert und die Kosten erhöht, indem statt eines auf einseitigen Antrags zu erlassenden Rückkehrbefehls und des sich daran schließenden Desertionsprozesses zwei Prozesse geführt werden müssen, nämlich der Prozeß, die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft betreffend und der Desertionsprozeß, steht dahin.

Nach dem Entwurfe liegt es in dem Belieben des einen Ehegatten, ungestraft Jahre lang sich der häuslichen Gemeinschaft zu entziehen: er braucht nur den Gemeinschaftsherstellungsprozeß möglichst hinauszuziehen und dann noch 364 Tage nach der Rechtskraft des Urtheils demselben keine Parition zu leisten, ganz abgesehen davon,

daß auch dann keine Verurtheilung im Nachprozeß eintreten kann, wenn der verurtheilte Ehegatte beweist, daß er in dem guten Glauben war, daß nach dem Urtheile während der Frist ein neuer, das Aufgeben der häuslichen Gemeinschaft rechtfertigender Grund eingetreten sei. Erschwert man dem verlassenen Ehegatten so sehr zu seinem Rechte zu kommen, — uns ist unfaßbar, wie die Absicht „den andern Ehegatten böslicher Weise zu verlassen" im Falle des § 1443 noch speziell bewiesen werden kann — so liegt die Gefahr nahe, daß ein künstlicher Scheidungsgrund geschaffen und das Gesetz umgangen wird.

45.

Da nur sehr uneigentlich die Ehefrau als „der" Kläger, „der" Beklagte bezeichnet werden kann, dürfte im Schlußsatz des § 1443 statt „der Kläger" die Klagspartei, statt „des Beklagten" der beklagten Partei gesagt werden.

46.

Daß übrigens im Fall des § 1444 der Kläger in derselben Klage die sofortige Scheidung und eventuell die Trennung von Tisch und Bett verlangen kann, ist wohl nicht zu bezweifeln, obwohl die Motive über diese allerdings mehr civilprozessuale Frage schweigen und die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett nicht als Minus der Scheidung, sondern als etwas davon sachlich ganz Verschiedenes bezeichnen.

47.

Im Hinblicke auf die Präjudicialität der „Kenntniß" des § 1447 und der vielen Zweifelsfragen, welche in der Praxis über die Beschaffenheit dieser Kenntniß aufgetaucht sind, da ferner die Verzeihung einer Thatsache deren Bestehen, sowie volle Kenntniß derselben von Seite des Verzeihenden voraussetzt,

Glück Sammlung ehegerichtlicher Entscheidungen S. 247 Nr. 301.

wäre in § 1447 die Einsetzung des Wortes „volle" vor „Kenntniß" nicht unangezeigt.

48.

Auch dürfte die 30jährige Frist des § 1447 Abs. 2 in dem vom Entwurf so sehr betonten Interesse der Aufrechthaltung der Ehen als zu lang zu erachten und solche auf 10 Jahre zu reduziren sein.

49.

In den §§ 1456, 1457, 1461 wird ein weitgehendes Korrektionsrecht des Vormundschaftsrichters gegenüber der Entscheidung des Prozeßrichters statuirt, es will uns bedünken, als ob überhaupt die §§ 1456, 1457 und 1461 und theilweise 1465 nicht dem vorwurfigen Titel, sondern der Vormundschaftsordnung bezw. dem zu erweiternden § 1546 einzuverleiben wären. Hat in diesen Fragen, wie die Motive mit Recht annehmen, der Gesichtspunkt des Interesses der Kinder den Ausschlag zu geben, muß das Interesse der Eltern bei der Entscheidung zurückzutreten, so liegt eben die Entscheidung begrifflich innerhalb der Sphäre der Befugnisse des Vormundschaftsgerichts, ein Standpunkt, auf welchem eine Reihe von Rechten steht.

Hiernach kommen wir zu folgenden Vorschlägen:

1.

Als Absatz 3 des § 1228 ist beizufügen:

Liegt ein schriftlicher Verlobungsvertrag vor und ist in demselben auf den Fall des Rücktritts eine bestimmte Geldsumme als Entschädigung vorbedungen, so hat es hiebei sein Bewenden.

2.

Die §§ 573a und 575a sind zu streichen.

3.

Der Schlußsatz des § 1256 hat zu lauten: sofern diesem nicht der Streit verkündet worden war.

4.

Die Anfechtung der Ehe wegen Irrthums des einen Theiles über sogenannte wesentliche Eigenschaften oder Verhältnisse des andern Theiles ist zuzulassen.

5.

Satz 2 des § 1265 ist zu streichen.

6.

In Abs. 2 des § 1266 ist zwischen „Nachlaßgerichte" und „abzugebende" einzuschalten:

oder einem Notar.

7.

§ 1273 Abs. 1 Satz 2 erhält den Beisatz:

soweit nicht eine vor Abschluß der Ehe getroffene Vereinbarung anders bestimmt.

8.

In § 1287 ist zwischen die Worte durch und „Zuwendung" das Wort „schriftliche" einzufügen.

9.

In § 1288 Satz 2 ist zwischen „von ihr" und „an den Ehemann" einzufügen „oder ihrer Gegenpartei".

10.

§ 1297 Absatz II hat im Eingang zu lauten:

Die unter Nr. 4 und 5 bezeichneten Zinsen zc.

11.

Satz 2 des § 1302 ist zu streichen.

12.

In § 1312 Ziff. 1 sind die Worte „die Ehefrau die Beklagte war und zu streichen.

13.

Absatz 2 des § 1317 ist zu streichen.

14.

Die Worte „und eine erhebliche Gefährdung des Rechtes der Ehefrau oder der Abkömmlinge auf Gewährung des Unterhaltes für die Zukunft zu besorgen ist" in § 1328 Ziff. 2 sind zu streichen.

15.

Absatz 2 Satz 2 des § 1341 ist zu streichen.

16.

Die Worte „auf deren Verlangen" in § 1366 sind zu streichen.

17.

In § 1367 Ziff. 1 sind zwischen „herbeigeführten" und „Strafverfahren" die Worte einzuschalten:

„mit Verurtheilung des Ehegatten endigenden".

18.

In § 1372 Ziff. 3 sind die Worte „und eine erhebliche Gefährdung des Rechtes der Ehefrau oder der Abkömmlinge auf Gewährung des Unterhaltes für die Zukunft zu besorgen ist" zu streichen.

19.

In § 1390 haben die letzten Worte zu lauten:

„sie ist einseitig unwiderruflich."

20.

In § 1393 haben die letzten Worte zu lauten:

„sie ist einseitig unwiderruflich."

21.

In § 1398 Abs. I ist zwischen die Worte „Ehegatten" und „abzugebende" einzufügen:

„oder einem Notar."

22.

In § 1403 Nr. 5 ist zwischen die Worte „Ehegatten" und „abzugebende" einzufügen:

„oder einem Notar."

23.

Bei § 1406 resp. § 777 ist ein Beisatz angezeigt:

Von Eltern können weder ihre Abkömmlinge noch deren Vormünder oder Pfleger einen Offenbarungseid verlangen.

24.

Satz 2 Absatz 5 des § 1406 hat statt „dieses Recht steht ihm jedoch nicht zu" zu lauten:

„dieses Recht geht auf die Abkömmlinge über."

25—32.

In den §§ 1283, 1292, 1311, 1352 Abs. 1, 1352 Abs. 2, 1411 Abs. 1 und 1411 Abs. 2, 1417 sind die Worte „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt" beziehungsweise „soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergibt" zu streichen.

33.

In § 1430 Abs. 2 ist das Wort „rechtshängig" durch die Worte „durch Erklärung gegenüber dem Konkursgericht geltend" zu ersetzen.

34.

Der erste und zweite Absatz des § 1436 wird durch folgende Absätze ersetzt:

Die in § 1435 bezeichnete Eintragung muß bei demjenigen Amtsgerichte bewirkt werden, bei welchem das eherechtliche Register für den Bezirk des Wohnsitzes des Ehemannes geführt wird.

Wird von dem Ehemanne der Wohnsitz in den Bezirk eines anderen Amtsgerichts verlegt, so hat die Eintragung auch bei demjenigen Amtsgerichte zu geschehen, bei welchem das eherechtliche Register für den Bezirk des neuen Wohnsitzes des Ehemannes geführt wird.

35.

Satz 2 des § 1440 hat zu lauten:

Die Scheidung ist nur in den Fällen zulässig,

welche in den §§ 1441 Abs. 1, § 1443 Abs. 1 und 2 und Satz 1 des Absatzes 3, § 1445 Satz 1 bezeichnet sind.

36.

Wahnsinn ist als absoluter Ehescheidungsgrund zu erklären.

37.

Gegenseitige Einwilligung ist bei kinderlosen Ehen als Ehescheidungsgrund zu erklären, wenn weder Leichtsinn noch Uebereilung noch heimlicher Zwang von einer oder der anderen Seite zu besorgen ist.

38.

In § 1441 hat es statt der „§§ 171, 175" zu heißen „des § 171".

39.

In § 1443 hat es statt „der Kläger" die Klagspartei, statt „des Beklagten" „der beklagten Partei" zu heißen.

40.

§ 1444 Abs. 1 erhält als Beisatz

„die Verbindung beider Anträge in einer Klage ist zulässig."

41.

In § 1447 Abs. 1 ist das Wort „volle" vor „Kenntniß" einzufügen.

42.

In § 1447 Abs. 2 ist statt „dreißig" „zehn" zu setzen.

43.

Der § 1456 ist zu streichen.

44.

Der § 1457 ist zu streichen.

45.

Der § 1461 ist zu streichen.

46.

In § 1465 sind die Worte „in Ansehung" bis „sowie" zu streichen.

Einige kritische Bemerkungen zu § 89 des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Von Rechtsanwalt **Kempf** in Berlin.

I. Zwischen § 89 und den §§ 66 Abs. 1, 74 Abs. 1 des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs besteht ein Widerspruch.

Nach § 66 Abs. 1 ist ein Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß es gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird, unwirksam, wenn die Vornahme gegenüber einer geschäftsunfähigen Person erfolgt.

Nach § 74 Abs. 1 wird zur Wirksamkeit einer Willenserklärung, welche einem Betheiligten gegenüber abgegeben werden muß (§ 66 Abs. 1) sofern dieselbe unter Abwesenden erfolgt, erfordert, daß die ausdrückliche Willenserklärung dem Empfänger desselben zukommt, die stillschweigende Willenserklärung zu seiner Kenntniß gelangt.

Hieraus folgt, daß es für die Wirksamkeit einer Willenserklärung entscheidend ist, ob der Empfänger derselben zur Zeit der Empfangnahme (bezw. Kenntnißnahme) geschäftsfähig ist.

Ist der Empfänger in diesem Zeitpunkte geschäftsunfähig, so ist die Willenserklärung unwirksam, gleichviel ob der Empfänger bei Absendung der Willenserklärung bereits geschäftsunfähig war oder nicht.

Daß zu den in §§ 66 Abs. 1 und 74 Abs. 1 bezeichneten Willenserklärungen auch die Vertragsanträge gehören, unterliegt keinem Zweifel (cfr. Motive S. 159).

Daß aber auch bezüglich der Wirksamkeit von Vertragsanträgen, welche geschäftsunfähigen Personen gegenüber erklärt werden,

von der allgemeinen Regel des § 66 Abs. 1 keine Ausnahme gemacht werden soll, ergiebt § 66 Abs. 2 Satz 2 durch argumentum e contrario.

Trotzdem heißt es in § 89, daß es auf die Wirksamkeit des Vertragsantrages, sofern nicht ein anderer Wille des Antragenden aus dem Antrage oder den Umständen hervorgeht, ohne Einfluß sei, wenn der Antragende oder derjenige, welchem der Antrag gemacht worden ist, nach Absendung des Antrages stirbt oder geschäftsunfähig wird.

Wird also derjenige, dem der Vertragsantrag gemacht wird, nach Absendung aber vor Empfangnahme desselben geschäftsunfähig, so soll der Vertragsantrag ihm gegenüber bindend sein, obwohl dies nach der auch für Vertragsanträge geltenden Regel der §§ 66 Abs. 1 und 74 Abs. 1 ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Es ist dies ein Widerspruch, dessen Lösung weder aus dem Entwurfe noch aus den Motiven zu entnehmen ist.

II. Zur Beseitigung des Widerspruchs ist es erforderlich, daß in § 89 die Worte „oder geschäftsunfähig wird" gestrichen werden.

Durch die Streichung dieser Worte wird die Wirksamkeit eines Vertragsantrages, wenn der Antragende nach Absendung des Antrages geschäftsunfähig wird, nicht in Frage gestellt, da dieser Fall bereits in § 74 Abs. 3 in dem Sinne entschieden ist, daß die Wirksamkeit der Willenserklärung durch den nach der Absendung auf seiten des Urhebers der Willenserklärung erfolgten Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit nicht beeinflußt wird.

Es ist deshalb auch unnöthig, daß in § 89 des Falles gedacht wird, daß der Antragende nach Absendung des Vertragsantrages stirbt. Der § 89 würde also folgende Fassung erhalten:

> „Auf die Wirksamkeit des Vertragsantrages ist es, sofern nicht ein anderer Wille des Antragenden aus dem Antrage oder den Umständen des Falles hervorgeht, ohne Einfluß, wenn derjenige, welchem der Antrag gemacht worden ist, nach Absendung des Antrages stirbt."

Es würde sich freilich zur Wahrung des Prinzipes der vom Entwurfe adoptirten Empfangstheorie (§ 74, Motive S. 157) empfehlen, hinzuzufügen:

> „Der Antrag ist solchenfalls als an die Erben desselben gerichtet anzusehen." (cf. Motive S. 176.)

III. Will man auch den Fall, daß der Empfänger des Vertragsantrages in dem Zeitraume zwischen Absendung des Antrages und Ankunft desselben geschäftsunfähig geworden ist in den Bereich der gesetzlichen Regelung ziehen, so läßt sich dies ohne Widerspruch gegen das sich aus §§ 66 Abs. 1, 74 Abs. 1 ergebende Prinzip nur dadurch erreichen, daß man eine gesetzliche Fiktion aufstellt, wonach ein solcher Antrag als an den gesetzlichen Vertreter des inzwischen geschäftsunfähig gewordenen Empfängers gerichtet angesehen wird.

Ist hierzu jedoch einerseits ein praktisches Bedürfniß wegen der Kürze des in Betracht kommenden Zeitraumes schwerlich vorhanden, so würde andrerseits die Theorie zu Unzuträglichkeiten führen, welche besser vermieden werden. Es ergiebt sich dies aus folgenden Beispielen: A. macht dem abwesenden B., dessen Geschäftsfähigkeit er voraussetzt, einen Vertragsantrag. B. war jedoch schon vor — vielleicht unmittelbar vor — Absendung des Antrages seitens des A. geschäftsunfähig geworden. Die Folge ist, daß der Vertragsantrag unwirksam ist (§ 66 Abs. 1) und auch von dem gesetzlichen Vertreter des B. nicht acceptirt werden kann.

Ist B. jedoch bei Absendung des Antrages seitens des A. noch geschäftsfähig gewesen und in der kurzen Zeit bis zur Ankunft desselben geschäftsunfähig geworden, so soll der Antrag bindend und die Annahme durch den gesetzlichen Vertreter zulässig sein.

Welche Veranlassung liegt zu einer solchen Unterscheidung vor? Das Interesse, welches der Antragende an der Wirksamkeit des Antrages haben wird, ist in beiden Fällen das gleiche.

Die Untersuchung, welche als das wesentliche Moment für die rechtliche Wirksamkeit der Willenserklärung deren Absendung und nicht deren Empfang gelten läßt, führt überdies zu einer unnöthigen und bedenklichen Durchlöcherung des Prinzipes der Empfangstheorie.

Das nämliche Bedenken spricht auch gegen die Annahme des Grundsatzes, daß der Tod des Empfängers nach Absendung des Vertragsantrages auf die Wirksamkeit des Antrages ohne Einfluß sein soll. Wenn man auch diesen Grundsatz äußerlich der Empfangstheorie dadurch anpassen kann, daß man die Fiktion aufstellt, der Antrag sei solchenfalls an die Erben des Empfängers gerichtet, so bleibt dies doch immer nur eine gezwungene Fiktion und das Prinzip selbst leidet darunter, wenn man ihm im einzelnen Falle auf so künstliche Weise Geltung zu verschaffen sucht.

Auch hier aber wird der Nachtheil, welcher durch das Abweichen

von konsequenter Durchführung des Prinzipes entsteht, keineswegs aufgewogen durch einen praktischen Vortheil, welchem zu Liebe ein solches Abweichen gerechtfertigt erscheinen könnte.

Es spricht nichts dafür, einen Vertragsantrag, dessen Adressat vor der Empfangnahme verstorben ist, gelten zu lassen, wenn derselbe im Zeitpunkte der Absendung des Antrages noch gelebt hat, während er keine Gültigkeit hat, wenn der Tod des Adressaten schon vor der Absendung eingetreten war.

Das Naturgemäße ist auch hier, daß das entscheidende Gewicht auf den Zeitpunkt der Empfangnahme gelegt wird.

Hat der Adressat diesen Zeitpunkt erlebt, so ist die den Vertragsantrag enthaltende Willenserklärung nach dem Prinzipe der Empfangstheorie (§ 74) zur rechtlichen Existenz gelangt und der Empfänger hat, da der Antragende nach § 80 an seinen Antrag gebunden ist, dementsprechend ein Recht auf Annahme des Antrages erlangt. Es ist dies ein Vermögensrecht, welches wie alle Vermögensrechte, mit seinem Tode auf seine Erben übergeht. Die Erben sind also — ausgenommen den Fall, daß der an den Erblasser gerichtete Antrag ein höchst persönlicher war — zur rechtswirksamen Annahme des Antrages berechtigt, sofern sie in der Lage sind, dieselbe in der gehörigen Frist (§ 82 oder § 84) zu erklären.

Zu dieser Konstruktion gelangt man auf natürlichem Wege durch Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze und ohne Zuhilfenahme einer Fiktion.

IV. Auch in dem zur Zeit geltenden Rechte ist ein Bedürfniß zur Aufstellung einer solchen Fiktion nicht zu Tage getreten. Das Handelsgesetzbuch Art. 297 behandelt nur den Fall, daß der Antragende nach Absendung des Antrages verstirbt. Nach gemeinem Rechte kommt der Vertrag nicht zu Stande, wenn während der Zeit zwischen Absendung der Offerte und Ankunft der Annahmeerklärung einer der vertragsschließenden Theile stirbt oder geschäftsunfähig wird; während nach preußischem A. L. R. (§ 106 I. 5) in den Rechten oder Pflichten wegen der Annahme nichts geändert werden soll, wenn nach geschehenem Antrage und vor dem Ablaufe der Erklärungsfrist der eine oder der andere Theil verstirbt.

Hierbei ist vorausgesetzt, daß der Antrag bereits gemacht ist, d. h. nach der Empfangstheorie, daß der Antrag demjenigen, dem er gemacht wurde auch zugekommen ist, bevor der Tod des einen oder andern Theiles eintrat. Der Fall, daß Tod oder Geschäftsunfähig-

keit des Empfängers der Willenserklärung eintrat, ehe ihm d Willenserklärung zugekommen, jedoch nachdem sie an ihn abgesend ist, ist im geltenden Rechte nirgends in's Auge gefaßt, offenbar de halb weil man in Ermangelung eines praktischen Bedürfnisses ei Ausnahme von der Regel, daß eine Willenserklärung unter A wesenden erst dann vorliegt, wenn sie dem Anderen so zugekomme ist, daß dieser sie vernehmen kann, nicht zulassen will.

Soll der § 89 des Entwurfs also nur die zwischen dem g meinen und dem preußischen Rechte bestehende Divergenz ausgleiche so geht er zu weit, indem er von dem Falle handelt, daß der Adress des Vertragsantrages nach Absendung des Antrages verstirbt od geschäftsunfähig wird, während die Divergenz nur darin besteht, d der Eintritt des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit nach Ankun der Offerte den Vertragsschluß hindert oder nicht.

Einer ausdrücklichen Stellungnahme zu dieser Verschiedenheit d Bestimmungen im geltenden Rechte, bedarf es für den Entwurf ab nicht, da, wie oben gezeigt, eine solche in Konsequenz des § 80 d Entwurfs sich von selbst ergiebt.

Faßt man die bisherigen Ausführungen zusammen, so ergiel sich, daß die Bestimmung des § 89,

1. insoweit sie den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des jenigen, an den der Antrag gerichtet ist, behandel in einen unlöslichen Widerspruch mit §§ 66 Abs. 1 und 7 Abs. 1 geräth;
2. insoweit sie den Tod oder den Eintritt der Geschäfsunfähig keit des Antragenden nach Absendung des Antrages in' Auge faßt, wegen § 74 Abs. 3 überflüssig ist;
3. insoweit sie den Tod des Adressaten nach Absendung de Antrages betrifft, eine bedenkliche Abweichung von der Prinzipe der Empfangstheorie enthält, welche durch ei praktisches Bedürfniß nicht gerechtfertigt wird;
4. insofern sie die zwischen den einzelnen Gebieten des geltende Rechtes bestehende Rechtsverschiedenheit bezüglich des Ein flusses von Tod und Geschäftsunfähigkeit auf den Vertrags schluß unter Abwesenden ausgleichen will, zu weit geht un wegen der aus § 80 zu ziehenden Folgerungen entbehr werden kann.

Es empfiehlt sich aus allen diesen Gründen,

den § 89 des Entwurfs gänzlich zu streichen.

Das Recht der Schuldverhältnisse. Vierter Abschnitt.
Einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen.

Von Rechtsanwalt Hartmann in Nürnberg.

Erster Titel.
Bereicherung.

Die rechtliche Gestaltung, welche der Entwurf den Schuldverhältnissen aus ungerechtfertigter Bereicherung (Kondiktionen) giebt, schließt sich eng an jene des gemeinen Rechts an.

Der das Kondiktionensystem beherrschende Grundgedanke ist keineswegs der nur dem Gebiete der Ethik, nicht aber dem der Rechtswissenschaft angehörige Satz, daß sich Niemand mit dem Schaden eines andern bereichern solle, noch weniger die dem preußischen Recht unterliegende Rechtsanschauung, daß jede Vermögenszuwendung an einen Anderen zur Rückforderung des Geleisteten berechtige.

Das verpflichtende Moment wird lediglich in der Rechtlosigkeit des Erwerbes gefunden. Rechtlos d. h. des Rechtsgrunds entbehrend ist der Vermögenserwerb dann, wenn die den Willen des Leistenden ursächlich bedingenden Momente, welche sich als eine wesentliche Voraussetzung der Leistung im Sinne des Leistenden kennzeichnen, entweder von Anfang ab nicht vorhanden waren, oder nicht eintraten, oder endlich, wenn zwar von Anfang ab vorhanden, später hinweggefallen sind.

Von diesem Grundgedanken ausgehend gliedert der Entwurf die Kondiktionen nach 5 Kategorien, indem er den Anspruch auf Rückgewähr zuläßt

I. im Falle der Leistung einer Nichtschuld,
II. bei Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolgs,

III. bei Wegfall des Rechtsgrundes einer Leistung,
IV. im Fall des verwerflichen Empfangs,
V. im Fall des sonstigen grundlosen Habens.

Der erste Fall — der Fall der Leistung einer Nichtschuld — bildet gewissermaßen den Musterfall. Der Entwurf verweist insbesondere bezüglich der Beschaffenheit der Leistung, als welche ausdrücklich auch die Einräumung des Besitzes gekennzeichnet wird, wie bezüglich des Umfangs der Rückgewähr bei den übrigen Kategorien der Kondiktionen, auf die bezüglich der Leistung einer Nichtschuld normirten Bestimmungen.

Es dürfte zunächst die Frage aufzuwerfen sein, ob diese mehrfache Gliederung bei den Kondiktionen vom gesetzgeberischen Standpunkte nothwendig oder zweckmäßig erscheint.

Die genetische Entwickelung des Kondiktionensystems im römischen Rechte, in welchem sich aus der Condictio indebiti die übrigen Kondiktionen vermöge der Rechtsanalogie herausbildeten, ließ dieselbe als eine natürliche Nothwendigkeit erscheinen[1]).

Schon hier waren aber oft die Grenzlinien zwischen der condictio indebiti und der condictio sine causa und ob rem so schmale und so verschwimmende, daß die trennenden begrifflichen Merkmale schwer zu erkennen waren.

Für die Rechtsanwendung jedoch ergaben sich bei den einzelnen Kondiktionen nicht unerhebliche praktische Verschiedenheiten.

Die condictio indebiti konnte nur im Falle eines entschuldbaren Irrthums Platz greifen; sie war ausgeschlossen, wenn die erfüllte Verbindlichkeit auch nur eine natürliche war; bei ihr fand zu Ungunsten desjenigen, welcher den Empfang der Leistung muthwillig in Abrede stellte, eine Verschiebung der Beweislast statt. Alle diese Besonderheiten der Rückforderung bei Leistung einer Nichtschuld sind durch den Entwurf beseitigt. Der Entwurf vermuthet den Irrthum desjenigen, welcher eine nicht bestehende Verbindlichkeit erfüllt hat, und schließt die Verpflichtung des Empfängers zur Rückgewähr für den Fall aus, daß der Leistende Kenntniß von dem Nichtbestande der Verbindlichkeit hatte. Der Entwurf erkennt nur in ganz bestimmten Fällen das Vorhandensein einer natürlichen, unvollkommenen Obligation an, und läßt demnach die Rückforderung im Regelfalle auch dann zu, falls Pietäts-, Anstands- oder Sittlichkeitspflichten dieselbe

[1]) Vergl. Erxleben condictiones sine causa I. S. 33.

verbieten sollten. Die Strafen des böswilligen Leugnens sind dem Entwurfe ohnedies fremd.

Beseitigt hiernach der Entwurf alle Eigenthümlichkeiten der gemeinrechtlichen condictio indebiti, so fragt man sich vergeblich, aus welchen Gründen der Fall der Leistung einer Nichtschuld eine gesonderte gesetzgeberische Behandlung erfährt. Auch die Leistung einer Nichtschuld beruht ja lediglich auf der irrigen Voraussetzung, daß die Schuld besteht und unterscheidet sich in nichts von der Leistung, welche den Eintritt eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges, oder die Existenz eines Rechtsgrundes, welcher nicht bestanden oder doch zu bestehen aufgehört, voraussetzt. Die Gewährung eines Rückleistungsanspruchs in allen diesen Fällen erscheint deshalb als der Ausfluß desselben gesetzgeberischen Gedankens. Der Entwurf verkennt dies auch nicht. Die Motive (II. S. 832) charakterisiren die condictio indebiti als einen Unterfall der condictio ob rem, erachten aber für denselben wegen seiner Häufigkeit und Wichtigkeit die besondere Normirung als nöthig. Allein dieser Grund dürfte diese formale Behandlung kaum rechtfertigen. Abgesehen von den sehr störenden Verweisungen in §§ 741, 744, 745, 747, 748 ist wohl für die Vertiefung der Rechtsnorm in dem Rechtsbewußtsein des Volkes jene legislatorische Form am förderlichsten, in welcher sich die Gemeinsamkeit und Gleichartigkeit der Rechtsgrundsätze in der Einheitlichkeit und Gleichartigkeit des gesetzgeberischen Ausdrucks wiederspiegelt.

Der dieser Forderung entsprechenden Formulirung der gesetzlichen Bestimmungen dürften, nach dem am Schlusse dieser Ausführung gemachten Versuche — einem Versuche, dessen Verbesserungsfähigkeit sehr gerne anerkannt wird — erhebliche redaktionelle Schwierigkeiten kaum entgegenstehen.

Im Einzelnen dürfte zu bemerken sein:

§ 737.

Der Ausdruck, „wenn die Verbindlichkeit nicht bestanden hat", bedarf keiner näheren Erläuterung. Niemand wird sich darüber im Zweifel befinden können, daß unter einer Verbindlichkeit, die nicht besteht, sowohl jene zu verstehen ist, die von Anfang an nicht bestanden, oder wenn sie bestanden, erloschen ist, als auch jene, deren Verfolgung durch eine peremtorische Einrede dauernd ausgeschlossen ist. Die Motive bemerken, daß es den Bestimmungen der §§ 1093, 1192

Abs. 2 entspreche, dieses letztere Moment besonders zu betonen. Allein gerade nach diesen Allegaten hat die Geltendmachung einer den Anspruch auf die Leistung dauernd ausschließenden Einrede die Erlöschung des Anspruches zur Rechtsfolge. Hiernach gewinnt die Fassung des Entwurfes, welche die bereits erloschene Verbindlichkeit der von Anfang an bestandenen schon überflüssigerweise gleichstellte, dadurch, daß sie neben der Wirkung — der Erlöschung des Anspruchs — noch einmal das ursächlich wirkende Moment — die Geltendmachung einer peremtorischen Einrede — erwähnte, eine tautologische Fassung, welche durch die Forderungen klarer Gesetzesredaktion nicht im Mindesten bedingt erscheint.

Der Entwurf erkennt den Besitz und die Innehabung als Kondiktionsgegenstand an. Hiergegen dürfte kaum eine Erinnerung zu erheben sein; allein fraglich erscheint die Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Normirung, wie solche Abs. 3 enthält. Der Ausdruck „Leistung" ist, wie die Motive S. 5 betonen, in einem ganz bestimmten Sinne als terminologischer Begriff für den Gegenstand des Schuldverhältnisses gebraucht. Unter Leistung ist im Sinne des § 206 jedes Thun oder Unterlassen des Schuldners verstanden. Daß hierunter auch die Uebertragung des Besitzes zu verstehen ist, leidet keinen Zweifel. Die besondere Betonung der Einräumung des Besitzes oder der Innehabung im § 737 ist deshalb nur geeignet, Unklarheiten insofern zu erzeugen, als an anderen Stellen des Entwurfes, beispielsweise in §§ 1847, 1848, 1853 Zweifel über den rechtlichen Umfang des Begriffs der Leistung entstehen könnten.

Der § 737 giebt endlich noch zu einem weiteren redaktionellen Bedenken Anlaß. Der Entwurf unterscheidet nicht zwischen civilen und natürlichen Verbindlichkeiten. Er schließt nur in drei Fällen das Recht aus, Leistungen zurückzufordern, obwohl eine rechtliche Verbindlichkeit zur Leistung nicht besteht: im Falle der Befriedigung eines verjährten Anspruches (§ 182 Abs. 2), im Falle einer Leistung auf Grund des Spieles oder Wette, oder des Lotterievertrags (664, 665) und endlich im Falle der Leistung einer nicht geschuldeten Ausstattung (§ 1500). Ist es wohl nun einerseits geboten im Interesse der Einheitlichkeit und Uebersichtlichkeit dieser Ausnahmfälle, wenn auch nur durch Verweisungen zu gedenken, so erscheint es andererseits wohl auch erforderlich, daß im Gesetze und nicht bloß in den Motiven der gesetzgeberische Wille, daß Leistungen in Erfüllung von Pietäts-,

Anstands- oder Sittlichkeitspflichten der Rückforderung unterliegen sollen, zum Ausdrucke gelange.

Dieser Forderung dürfte durch die Präzisirung „rechtliche Verbindlichkeit" schon genügt sein.

§ 739.

Nach Absatz 2 dieses Paragraphen entfällt die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder zur Werthvergütung, falls der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Anspruches durch die Leistung nicht mehr bereichert ist. Der Empfänger ist hiernach, selbst in jenen Fällen, in welchen er durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Handlung sich die Möglichkeit entzogen hat, das Geleistete zurückzugeben, von jeder Ersatzverbindlichkeit frei. Allein schon unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern[2]) wie in der gemeinrechtlichen Praxis[3]) ist der Satz, daß schuldloser Wegfall der Bereicherung die Verpflichtung ausschließe, keineswegs allgemein anerkannt; allein der Rechtssatz, daß in jenen Fällen, in welchen die Bereicherung mit Schuld des Bereicherten hinweggefallen ist, die Ersatzverbindlichkeit Platz greife, ist ziemlich unbestritten. Bestritten ist lediglich, unter welchen Voraussetzungen ein schuldhafter Wegfall der Bereicherung anzunehmen ist.

Nach den Bestimmungen des Code civil in Art. 1379 haftet der Empfänger für Verlust oder Entwerthung in Folge seines Verschuldens und lediglich das italienische Recht[4]) (Art. 1148) überbürdet dem Leistenden die Gefahr des Verlustes und der Entwerthung, selbst in jenen Fällen, in welchen diese durch die eigene Schuld des Empfängers veranlaßt worden sind. Allein dieser weitgehende Standpunkt dürfte dem Rechtsbewußtsein kaum entsprechen.

Insolange das verpflichtende Moment allein in jenem der ungerechtfertigten Bereicherung gefunden wurde, insolange die Kondiktionen als ein ganz singuläres Rechtsmittel, als Ausfluß der Billigkeit betrachtet wurden, insolange mag es auch eine Konsequenz dieser Auffassung sein, die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung nur insolange andauern zu lassen, als die Bereicherung selbst besteht. Allein verläßt man diese Auffassung und findet man, wie der Entwurf betont, das verpflichtende Moment in der Widerrechtlichkeit des des Rechtsgrundes entbehrenden Rechts- und Vermögenserwerbs, so

---

[2]) Vgl. Windscheid II § 424 Note 3. Erxleben Band 1 Seite 182.

[3]) Seuffert Archiv Band 29 Nr. 32.

[4]) Georgi Theoria delle obligationi § 156.

dürfte kaum ein Grund bestehen, die obligatorische Haftung des Empfängers nach anderen als nach allgemeinen Grundsätzen zu regeln, nach welchen zwar kasuelle Unmöglichkeit, keineswegs aber vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln die Rückleistungspflicht ausschließen.

§ 741.

Die Verweisung auf § 740 Abs. 1 und 2 dürfte den Schlußsatz des § 741 Abs. 2 überflüssig erscheinen lassen.

§ 742.

Nach dem § 742 ist bei einer Leistung unter der Voraussetzung eines künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges die Rückleistung durch den Umstand bedingt, daß diese Voraussetzung in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärung zum Ausdruck gelangt ist.

Die Motive betonen, daß die Voraussetzung erklärt sein muß entweder ausdrücklich oder stillschweigend, und verweisen bezüglich des Inhalts der stillschweigenden Willenserklärung auf die Bestimmung des § 72, welche die Definition dieses Begriffs der Wissenschaft vorbehält.

In dieser Fassung statuirt das Gesetz offenbar die Forderung, daß die von dem Leistenden gewollte Voraussetzung entweder ausdrücklich oder doch mindestens durch konkludente Handlungen, in welchen der Wille des Leistenden sich ausprägt, zur Erklärung gelangt. Allein diese Forderung dürfte sich nicht rechtfertigen.

Die Sicherheit des obligatorischen Rechtsverkehrs, welche wie Regelsberger[5]) bemerkt auf der Zuverlässigkeit des dritten Personen allein erkennbaren äußeren Verhaltens der Menschen, genauer, auf der Uebereinstimmung des Verhaltens mit der Willensrichtung seines Urhebers beruht, erfordert wohl nicht mehr, als daß die Voraussetzung, von welcher der Leistende bei seiner Leistung ausgeht, dem Empfänger derselben erkennbar werde.

Fordert man besondere konkludente Handlungen, in welchen diese Selbstbeschränkung des Willens sich ausprägen soll, so müßte man die Kondiktion in einer Reihe von Fällen versagen, in welchen die Leistung in ihrer äußeren Erscheinung schon eine solche ist, daß die Beschränkung, unter welcher Hingabe und Annahme derselben erfolgt, sich aus den Umständen ergiebt.

[5]) Vgl. Regelsberger in Endemanns Handelsrecht II S. 449.
Vgl. G. Hartmann im Archiv für civile Praxis Bd. 72 S. 161.

Wenn beispielsweise Jemand zum Beamten einer Aktiengesellschaft ernannt wird und er nach seiner Ernennung auf Grund statutarischer Verpflichtung genau die statutengemäß vorgeschriebene Zahl von Aktien zeichnet, so dürfte, falls sein Vertragsverhältniß vor Antritt seiner Funktion sich aus irgend einem Grunde wieder lösen sollte, der Anspruch auf Rückleistung sicherlich gerechtfertigt sein und die Umstände des Falles zu der Annahme zwingen, daß für ihn die Existenz des Vertragsverhältnisses die Voraussetzung für die Aktienzeichnung bildete. Fordert man aber besondere konkludente Handlungen, durch welche diese Voraussetzung erklärt werden muß, so muß man die Rückforderung ausschließen.[6])

Ein Arbeiter wird am Auge verletzt, nach wochenlanger ärztlicher Behandlung als geheilt entlassen, und verzichtet gegen eine der Zeit seiner Arbeitslosigkeit entsprechende Entschädigung auf jeden weiteren Anspruch. Nach Jahresfrist zeigt es sich, daß ein Splitter im Auge zurückgeblieben ist, und nur durch eine Operation, welche den Verlust des Auges zur Folge hat, sein Leben zu erhalten ist. Kann es in diesem Falle zweifelhaft sein, daß der Verzicht lediglich unter der Voraussetzung erklärt wurde, daß der Arbeiter wirklich geheilt war, und war nicht auch für dessen Mitkontrahenten diese Voraussetzung nicht nur erkennbar, sondern zweifellos?

Prägt sich der innere Wille in genügender Klarheit in der Gesammtheit der Umstände aus, so muß dies genügen. Soll das ethische Moment im Recht zum Durchbruch gelangen, so muß es genügen, daß die Voraussetzung *erkennbar* ist, nicht daß sie *ausdrücklich oder stillschweigend* erklärt ist.

§ 743.

Ziffer 1 dieses Paragraphen schließt die Rückforderung aus, wenn die Voraussetzung, unter welcher geleistet worden, von der Art ist, daß von dem Geber durch die Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist. Es wird kaum ein Fall denkbar sein, in welchem die Annahme einer unter solch unsittlichen Voraussetzungen gemachten Leistung sich nicht als ein verwerflicher Empfang darstellt. Nachdem aber Abs. 3 des § 747 ausdrücklich das Rückforderungsrecht dann ausschließt, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder gegen

[6]) Entscheidungen des R. O. H. G. VII S. 433.

die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist, so dürfte diese Ziffer sich sicherlich als überflüssig darstellen.

§ 744 und 745

entfallen nach den am Schlusse folgenden Redaktionsvorschlägen.

§ 746.

Dieser Paragraph stellt sich als eine Aenderung der Civilprozeßordnung dar. Er fixirt den Eintritt der Rechtshängigkeit in den Fällen, in denen auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils oder eines unter Vorbehalt der Rechte oder in der Berufungsinstanz unter Vorbehalt der Geltendmachung weiterer Vertheidigungsmittel ergangenen Urtheils eine Leistung erfolgt ist, und erachtet den Zeitpunkt der Leistung gleichzeitig als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit. Allein hier ist eine Lücke unverkennbar. Denn den Leistungen auf Grund vorläufig vollstreckbarer Urtheile sind sicherlich Leistungen auf Grund eines Vollstreckungsbefehles, Leistungen auf Grund von exekutorischen Urkunden, Leistungen auf Grund von Arresten und einstweiligen Verfügungen vollständig gleichzustellen.

Es ist nicht abzusehen, aus welchen Gründen derartige Leistungen, falls der Vollstreckungstitel wieder aufgehoben würde, nach andern Grundsätzen zu behandeln seien, als die in § 746 Abs. 1 erwähnten.

Die Motive zu diesem Paragraphen erwähnen diese Fälle gar nicht und gedenken lediglich der Wiederaufhebung eines rechtskräftigen Urtheils, in welchem Falle zwar die condictio ob causam finitam begründet erachtet werden muß, bemerken dagegen jedoch ohne weitere Begründung, daß in diesem Falle der Rückforderungsanspruch im Zeitpunkte der Leistung nicht als rechtshängig geworden gelten könne.

Bestehen hier zweifellos erhebliche Lücken, so besteht aber noch das weitere Bedenken, daß der § 745 Abs. 1 sich als eine weitere Ergänzung des § 655 Abs. 2 der C. P. O., § 745 Abs. 2 dagegen als eine solche der §§ 136, 274, 491 der C. P. O. darstellt.

Eine derartige Vermengung rein civilprozessualer und civilrechtlicher Normen verstößt gegen die Forderung der Einheitlichkeit und Uebersichtlichkeit der Kodifikation. Nachdem eine Revision der Civilprozeßordnung kaum vermeidbar ist, so erscheint es wohl umsoweniger angemessen, Aenderungen derselben bald in einem besonderen Gesetze (vgl. § 826), bald im Einführungsgesetze zur Civilprozeßordnung (vgl. § 745 Note 1 § 1250 II, III § 1278, § 1476 Note 1) bald im Civilgesetzbuche selbst zu zersplittern. Hiezu kömmt noch der weitere

Umstand, daß die viel bestrittene Frage, ob die Vollstreckung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils oder eines sonstigen Vollstreckungstitels (Arrestes ꝛc.) für den Fall der Aufhebung des Urtheils oder des Arrestes zum Schadensersatze verpflichten, weder in § 715 des Entwurfes noch hier ihre gesetzliche Regelung gefunden hat, sodaß die Bestimmung allein, in welchem Zeitpunkte für derartige Rückleistungsansprüche die Rechtshängigkeit eintritt, als ungenügend erscheint. Hienach dürfte der § 746 vollständig zu streichen und der Revision der Civilprozeßordnung zu § 655 vorzubehalten sein.

§ 747.

Auch wenn die Annahme einer Leistung gegen die öffentliche Ordnung verstößt, liegt ein verwerflicher Empfang im Sinne des Entwurfs vor.

Diese Bestimmung erscheint als Korrelat des § 106, welcher Rechtsgeschäfte, deren Inhalt gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung verstößt, als nichtig erklärt.

In einem gewissen Gegensatze hiezu steht § 344, welcher vertragsmäßige Leistungen, sofern sie unmöglich oder durch Gesetz verboten sind, oder gegen die guten Sitten verstoßen, als nichtig bezeichnet. Des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung ist hier nicht erwähnt.

Die Motive zu § 106 verkennen auch nicht die Bedeutsamkeit des gesetzgeberischen Schrittes, welcher dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum einräumt.

Es darf wohl nicht ohne Grund behauptet werden, daß der Spielraum ein zu weiter ist.

Das Gebiet der öffentlichen Ordnung ist ein weites, schwer abzugrenzendes, kaum zu übersehendes.

Im Interesse der öffentlichen Ordnung ist in verschiedenen Staaten den autonomen Organen (Land-Distrikts-Kreisgemeinden) ein ziemlich schrankenloses Gesetzgebungsrecht eingeräumt. Verträgen, die mit diesen ziemlich bunten und mannigfaltigen Manifestationen der gesetzgeberischen Autonomie sich in Widerstreit setzen, die privatrechtliche Wirksamkeit zu versagen, erscheint doch im hohen Grade bedenklich. Wenn beispielsweise mehrere Gemeindeglieder gegen eine Aversalsumme mit der Gemeindeverwaltung sich von der Verpflichtung einen Zuchtstier zu halten, befreien lassen, so mag dieser Vertrag den landwirthschaftlichen Interessen zuwiderlaufen und sich als ein Ver-

trag gegen die öffentliche Ordnung charakterisiren, dem das öffentliche Recht die Wirksamkeit versagen mag; denselben aber auch vom privatrechtlichen Standpunkt aus zu verfehmen, sodaß die bereits erfolgten vermögensrechtlichen Leistungen sich der Gemeinde gegenüber als ein verwerflicher Empfang darstellen, und der Rückforderung nicht unterliegen, besteht kaum ein zureichender Grund.

In der Regel werden sich Verträge gegen die öffentliche Ordnung und Verträge gegen die guten Sitten begrifflich decken. So unterlag beispielsweise die Sittenwidrigkeit der gegen das Prinzip der Gewerbefreiheit verstoßenden Verträge in der Praxis auch nicht dem mindesten Bedenken.

In den Fällen, in denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, dürfte kaum ein Anlaß geboten sein, aus ethischen Gründen das Gebiet der nichtigen Verpflichtungen zu erweitern; dagegen ist bei Leistungen, welche einem Verbotsgesetz zuwiderlaufen, der Rückleistungsanspruch nicht zuzulassen.

§ 748.

Der § 748 formulirt als rechtliche Voraussetzungen der sog. condictio sine causa rechtlose Bereicherung aus dem Vermögen eines Andern, soferne sie ohne dessen Willen oder ohne dessen rechtsgiltigen Willen erfolgt ist.

Diese Fassung ist zu eng. In dieser beschränkten Anwendung entspricht die condictio sine causa aber umsoweniger den Bedürfnissen des Rechtslebens als dem Entwurf eine Klage wegen nützlicher Verwendung sowohl im Sinne des gemeinen wie des preußischen Rechts (Motive II, S. 872) fremd ist.

Zu eng erscheint vor allem die Fassung, weil nach ihr lediglich eine absolute, nicht auch eine relative Bereicherung d. h. eine Bereicherung vom Standpunkte des Kondizenten die condictio sine causa begründen soll.

Wird beispielsweise bei einer Zwangsvollstreckung eine dem Schuldner nicht gehörige Sache gepfändet und versteigert und der Gläubiger aus deren Erlös befriedigt, so kann der Eigenthümer denselben nicht kondiziren: denn der Gläubiger wird durch die Empfangnahme des Versteigerungserlöses vom Gerichtsvollzieher, welche die Stelle der Zahlung durch den Schuldner vertritt, lediglich mit seinem Guthaben befriedigt, und ist somit nicht bereichert.[7]) Noch weniger

[7]) Vgl. Förster-Eccius V. Auflage II S. 139 Note. Entscheidungen des Reichsgerichts XIII. S. 183. Abweichende Entscheidung des R.-G. 30a Bd. 8 S. 204. Seuffert Archiv Bd. 35 Nr. 294 Bd. 37 Nr. 355.

liegt eine Bereicherung im Sinne des Entwurfes, eine Bereicherung, zu welcher ein rechtlicher Grund fehlt vor.

Und dennoch liegt ein relativ rechtloser Vermögenserwerb vor. Die Rechtlosigkeit desselben tritt nämlich in den Beziehungen des Bereicherten zu dem Eigenthümer der widerrechtlich gepfändeten Sache hervor.

Welche Berechtigung besteht für den Gläubiger, sich mit fremdem Eigenthum für seine Forderung zu befriedigen? Erlangt letzterer rechtzeitig von der Pfändung Kenntniß, so steht ihm das unbestrittene Recht zu, die Sistirung und die Freigabe seines gepfändeten Eigenthums vom Pfandverband zu erwirken. Erlangt er diese Kenntniß vor der Versteigerung nicht, so soll ihm, abgesehen von der in den meisten Fällen aussichtslosen Entschädigungsklage gegen den insolventen Schuldner, der Weg der Kondiktion verschlossen sein. Aus demselben Grunde müßte aber dieselbe ausgeschlossen sein, wenn ein Pfandgläubiger auf Grund eines angefochtenen Vertheilungsplanes den Betrag erhalten hat, auf welchen ein anderer Pfandgläubiger mit Grund Ansprüche erhebt, ohne jedoch rechtzeitig diesen seinen Widerspruch gegen den Vertheilungsplan im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zu verfolgen. Denn auch in diesem Falle hat der zur Ungebühr befriedigte Gläubiger nicht mehr empfangen, als er von seinem Schuldner zu beanspruchen hat. Und dennoch gewähren die meisten Subhastationsordnungen und die Praxis dem verkürzten Pfandgläubiger auch nach Versäumung der für die Verfolgung seines Widerspruches laufenden Nothfrist ein Kondiktionsrecht.[*])

Hält man an dem Erforderniß der absoluten Rechtlosigkeit der Bereicherung fest, so wird man auch selbst die Kondiktion gegen den befriedigten Cessionar in den Fällen versagen müssen, in welchen die im Wege der Cession auf den Cessionar übergegangene und vom cedirten Schuldner getilgte Forderung, wie dies nach der Zahlung festgestellt wurde, nicht zu Recht besteht.

Auch in diesem Falle liegt, wenn man nicht die Frage des Rechtsgrundes der Zahlung vom Gesichtspunkte des Zahlenden aus prüft, sondern lediglich berücksichtigen wollte, daß der Cessionar als Käufer der Forderung befriedigt wurde, keine unrechtmäßige Bereicherung vor. Dennoch gewährt die Praxis in diesen Fällen die Kondiktion.

---

*) Vgl. Foerster-Eccius, a. a. O. II. S. 439 Note 30b. Seuffert Archiv Bd. 42 Nr. 87.

Die Fassung des § 748 erscheint aber auch aus dem Grunde als zu eng, weil der Ausdruck „aus dem Vermögen" sehr leicht die Deutung erfahren kann, als ob ein unmittelbarer Vermögensübergang vom Kondizenten auf den Empfänger die Voraussetzung der Kondiktion bilde. Nicht selten bildet eine unmittelbare vermögensrechtliche Beschädigung des Kondizenten nicht den Gegenstand der Kondiktion, indem der Gegenstand der Bereicherung sich noch garnicht im Vermögen des Kondizenten befunden hatte.

Wenn beispielsweise der Kondizent einen Hypothekengläubiger befriedigt und dieser, statt die Hypothek zu löschen, dieselbe einer Bank als Kaution für einen dem Kondizenten zu bewilligenden Kredit cedirt, so würde man, falls die Bank den Kredit nicht bewilligt, der Kondiktion versagen müssen, da der Gegenstand der civilrechtlichen Bereicherung eine Forderung ist, welche streng genommen noch keinen Vermögensbestandtheil des Kondizenten bildete.[9]) Die Praxis hat jedoch in diesen Fällen kein Bedenken getragen, die Kondiktion wegen grundlosen Habens — von einer Kondiktion wegen nicht erfolgter Gegenleistung konnte schon darum keine Sprache sein, weil ja der Kondizent keine Leistung bewirkt hat — zuzulassen[10]).

Auch in dem vorher erwähnten Falle, in welchem sich Jemand in einem Vertheilungsverfahren zur Ungebühr den Antheil eines Anderen aneignet, entfließt die Bereicherung nicht dem Vermögen des Kondizenten, sondern dem des Schuldners als unmittelbarer Quelle und wird dieselbe nur durch einen Eingriff in die Vermögensrechte des Letzteren vermittelt.

Der Ausdruck „Bereicherung aus fremdem Vermögen" deckt nicht den Fall der Nichtvermehrung fremden Vermögens[11]). In dem letzt erwähnten Falle kann auch nicht gesagt werden, daß die Vermögensbeeinträchtigung ohne den Willen oder ohne rechtsgiltigen Willen des Kondizenten erfolgt ist. Insoferne er den rechtzeitigen Widerspruch unterlassen und in jeder Unterlassung die Aeußerung eines Willens, wenn auch negativer Natur, enthalten ist, liegt sogar eine Bereicherung mit seinem Willen vor. Dessenungeachtet wird man die Kondiktion nicht versagen dürfen.

---

[9]) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 29 Nr. 33.

[10]) Vgl. Bolze V. S. 78. Seuffert Archiv. Bd. 11. Nr. 57. Bl. f. R. A. in Bayern. Bd. 38. S. 126.

[11]) Windscheid § 421 Ziff. 2 (V. Aufl. S. 889.)

Hieraus ergiebt sich aber weiter, daß der Vermögenserwerb ohne den Willen oder rechtsgültigen Willen, mag auch in dieser Form die rechtlose Bereicherung am öftesten sich ausprägen, keineswegs das begriffliche Merkmal für die condictio sine causa bilden darf.

Diese Ausführungen dürften folgende Aenderungsvorschläge rechtfertigen, zunächst mit Rücksicht auf die Begründung der Motive, nach welcher die Bereicherung nicht als das den Rückleistungsanspruch rechtfertigende Moment erscheint, als Titelüberschrift:

Erster Titel.

Ansprüche auf Rückleistung.

I. Leistung auf Grund unrichtiger Voraussetzungen.

§ 737.

Wer bei seiner Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit das Bestehen einer rechtlichen Verbindlichkeit voraussetzt, welche in Wirklichkeit nicht besteht, kann von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern.

Wer ferner bei seiner Leistung den Eintritt oder Nichteintritt eines nicht eingetretenen künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolgs in einer dem Empfänger erkennbaren Weise vorausgesetzt, oder wer eine Leistung aus einem Rechtsgrunde bewirkt hat, welcher später hinweggefallen ist, ist gleichfalls zur Rückforderung des Geleisteten dem Empfänger gegenüber berechtigt.

§ 738.

Ist eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit vor deren Fälligkeit bewirkt, so findet eine Rückforderung nicht statt; auch können Zwischenzinsen nicht verlangt werden.

§ 739.

Die Rückforderung ist, von den Fällen des § 182 Abs. 2, § 664, 665 1500 abgesehen, ausgeschlossen:

1. falls der Leistende zur Zeit der Leistung davon Kenntniß hatte, daß die von ihm erfüllte Verbindlichkeit nicht bestand,
2. falls der Leistende die Erfüllung der Voraussetzung, unter welcher die Leistung bewirkt wurde, in einer dem Inhalte des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufenden Weise verhindert hat,

3. falls von Anfang an die Erfüllung der Voraussetzung unmöglich und die Unmöglichkeit dem Leistenden bekannt war.

§ 740.

Ist die Rückleistung durch die Beschaffenheit des Geleisteten ausgeschlossen oder der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruches das Geleistete herauszugeben außer Stande, so hat der Empfänger den Werth des letzteren zu vergüten.

§ 741.

Die Verbindlichkeit zur Rückleistung erstreckt sich auf dasjenige, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben hat.

Hat der Empfänger eine zum Eigenthume empfangene Sache herauszugeben oder einen an ihn veräußerten, zur Zeit der Veräußerung bestehenden Nießbrauch zurückzugewähren, so bestimmen sich seine Verpflichtungen zur Herausgabe und Vergütung der Nutzungen nach den Vorschriften über die Verpflichtungen des Besitzers gegenüber dem Eigenthümer.

Der Empfänger ist zur Herausgabe des Gegenstandes nur gegen Vergütung aller auf denselben vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen verpflichtet; er hat jedoch ein Recht auf Vergütung von Verwendungen nur in so weit, als er nicht durch Nutzungen, welche ihm verbleiben, bereichert ist.

§ 742.

Ist dem Empfänger bei dem Empfang der Leistung bekannt gewesen, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wurde, nicht bestand, oder daß der Rechtsgrund, aus welchem die Leistung bewirkt wurde, hinweggefallen ist, oder die Voraussetzung, auf Grund deren die Leistung erfolgte, sich nicht verwirklichen kann, sowie daß der Leistende hiervon nicht unterrichtet war, so ist er dem Leistenden zum Schadensersatz nach Maßgabe der Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen verpflichtet.

Erlangt der Empfänger die im ersten Absatz erwähnte Kenntniß erst nach Empfang der Leistung, aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit, so finden bezüglich seiner Verpflichtung

zur Rückleistung die Bestimmungen des § 740 und 741 mit dem Abmaße Anwendung, daß an die Stelle des Zeitpunktes des Eintritts der Rechtshängigkeit der Zeitpunkt tritt, in welchem er die Kenntniß erlangt hat.

II. Verwerflicher Empfang.

§ 743.

Ist von dem Empfänger einer Leistung durch deren Annahme nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen worden, so kann der Geber das Geleistete zurückfordern.

Der Empfänger ist von der Zeit des Empfanges an zur Herausgabe des Geleisteten nach Maßgabe der Vorschriften verpflichtet, welche gegen den Empfänger einer Nichtschuld gelten, wenn dieser nach der Leistung erfahren hat, daß die Verbindlichkeit zu deren Erfüllung geleistet worden ist, nicht bestanden hat.

Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstoßen worden ist.

III. Sonstiges grundloses Haben.

§ 744.

Wer sich mittelbar oder unmittelbar Vermögen eines Andern aneignet, ohne daß für die hierdurch diesem gegenüber bewirkte Vermögensverminderung ein rechtlicher Grund besteht, ist zur Rückleistung der sich angeeigneten Vermögensgegenstände verpflichtet.

Als ein rechtlicher Grund ist es im Zweifel anzusehen, wenn ein Rechtsverlust auf einer diesen bestimmenden Vorschrift beruht.

Auf die Verpflichtung zur Rückleistung finden die Vorschriften der §§ 740, 741 und 742 entsprechende Anwendung. Die Verpflichtung zum Schadensersatze aus unerlaubter Handlung bleibt unberührt.

Zweiter Titel.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Die Bestimmungen des Entwurfes begünstigen keineswegs die auftragslose Geschäftsführung. Die wenig freundliche Stellung, welche derselbe gegenüber dieser Verpflichtungsform einnimmt, gelangt vorzugsweise in den Bestimmungen des § 753 zum Ausdruck. Hiernach entzieht jeder selbst unverschuldete Verstoß gegen die Intentionen des Geschäftsherrn dem Geschäftsführer seine Ansprüche gegen diesen.

Die Absicht des Geschäftsherrn ist hiernach das oberste Gesetz. Das individuelle Wollen desselben, ja selbst das Wollen aus Eigensinn und Laune[12]) ist entscheidend und bestimmend für die rechtliche Zulässigkeit einer Geschäftsführung an und für sich, wie für die Einzelheiten ihrer Bethätigung, da das Recht Niemanden zur Anwendung der Sorgfalt in seinen eigenen Angelegenheiten zwingt.

Nach dieser Auffassung charakterisirt sich der unberufene Eingriff in fremde Vermögensrechte als eine widerrechtliche, an und für sich keine Rechtsansprüche erzeugende Handlung, welche nur dann des Charakters der Rechtswidrigkeit entkleidet wird, falls sie vom Geschäftsherrn gebilligt ist, oder öffentliche Interessen — in diese Kategorie gehört auch die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltungspflicht — gewahrt werden.

Allein gegen diese äußersten Konsequenzen einer das Vermögensinteresse des Geschäftsführers nach ausschließlich subjektiven Momenten bestimmenden Auffassung ist schon von einer Reihe gemeinrechtlicher Theoretiker lebhafter Widerspruch erhoben worden[13]).

Weder das preußische Recht[14]), noch die französische oder die italienische Gesetzgebung nehmen diesen Standpunkt ein.

Der Code civil (Art. 1375) übersetzt das utiliter gestum des römischen Rechtes mit l'affaire bien administrée, auch der Codice civile (1144) mit l'affare bene amministrato[15]).

In der That entspricht die Ueberbürdung der kasuellen Haftung auf den Geschäftsführer — für Vorsatz und Fahrlässigkeit, beispiels-

[12]) Vgl. Monroy, vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte. S. 29. 175.

[13]) Vgl. Windscheid Bd. II S. 637 (§ 430 Note 17), Vangerow III S. 523, 524, Ruhstrat in Jherings Jahrbücher für Dogmatik III S. 285.

[14]) Eccius Förster II S. 445.

[15]) Giorgi, Theoria della obligazioni S. 81.

weise für eine fahrlässige, ohne genügende Erkundigung bethätigte Tilgung einer Nichtschuld, haftet der Geschäftsführer ohnedies — keineswegs den Grundsätzen gesetzgeberischer Konsequenz.

Wenn in den Obligationsformen, in welchen der Wettstreit und Ausgleich der beiderseitigen Interessen in Frage kommt für die Vertheilung der Gefahr theils der Grundsatz des Eigenthums, wie beim Kauf (§ 544), theils der Grundsatz der überwiegenden Nutzung, wie beim Pacht (§ 563) entscheidend ist, erscheint es doch nicht gerechtfertigt bei einem Schuldverhältniß, welches doch wesentlich im Interesse des Geschäftsherrn begründet wird, unter Anwendung der strengsten Grundsätze dem Geschäftsführer die Haftung für den Zufall zu überbürden.

Noch aus einem andern Grunde erscheint aber der Standpunkt des Entwurfes bezüglich der Voraussetzungen für die Haftung des Geschäftsherrn als ein allzustrenger. Es mag ja sein, daß in nicht seltenen Fällen die Geschäftsführung vorwiegend im eigenen Interesse des Geschäftsführers unternommen wird: allein als die typische Erscheinung der Geschäftsführung können und dürfen diese Fälle nicht gekennzeichnet werden.

In der Mehrheit der Fälle ist die Geschäftsführung der Ausfluß menschlicher Hilfsbereitschaft.[16]) Diesen Regungen der Humanität, der werkthätigen Menschenhilfe, darf die Rechtsordnung nicht entgegenwirken. Gewiß sind dieselben von einer Gesetzgebung, die sich nicht den Forderungen der Ethik vollständig verschließen will, nach Möglichkeit zu fördern. Ist es beispielsweise gerechtfertigt, daß die Gesetzgebung dem Arzt, der einen Selbstmörder in's Leben zurückgerufen hat, und ihm, während er möglicherweise noch mehrere Tage bewußtlos liegt, seinen ärztlichen Beistand leistet, jedes Anspruchs auf Honorirung entzieht? Nach dem Entwurfe ist dies der Fall. Die Leistung des ärztlichen Beistandes entspricht nicht dem Willen des Selbstmörders: sie verstößt sogar gegen seinen klar genug zum Ausdruck gebrachten Willen, nicht länger zu leben, sondern zu sterben. Einer der beiden Ausnahmsfälle des § 755 liegt nicht vor, insbesondere kann nicht behauptet werden, daß der das Leben des Selbstmörders rettende Arzt eine diesem obliegende Verpflichtung im öffentlichen Interesse erfüllt.

Es könnte kaum als ein kultureller Fortschritt genannt werden, wenn eine Gesetzgebung dem Eigenwillen eines Einzelnen einen der-

[16]) Vgl. Kohler in Iherings Jahrbücher XXV S. 42.

artigen Einfluß einräumt, welcher ihm gestattet unter Verletzung, vielleicht seiner und seiner Familie vitalsten Interessen seinen Rechtskreis hermetisch von jedem Eingriffe eines Dritten zu verschließen. Der Gesichtspunkt, daß Niemand eine fremde Bevormundung sich gefallen zu lassen brauche, ist nicht durchgreifend. Der Entwurf selbst trifft Bestimmungen, deren bevormundender Charakter sich nicht in Abrede stellen läßt. So untersucht er beispielsweise in § 1001 keineswegs, ob der Eigenthümer das im Nießbrauch eines Dritten befindliche Immobile versichert haben will. Das Gesetz zwingt den Nießbraucher ohne Rücksicht hierauf zur Versicherung gegen Feuersgefahr sowie zur Versicherung gegen andere Unfälle, soweit dieselbe durch die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters geboten ist. Das Motiv dieser Bestimmungen ist, abgesehen von der die Versicherungen begünstigenden gesetzgeberischen Tendenz, kein anderes, als weil es diese Maßnahmen ohne Rücksicht auf den Willen des Eigenthümers als unentbehrlich erachtet. Ist es nun nicht ein Widerspruch, wenn demjenigen, welcher ausschließlich im Interesse eines Dritten eine solche für den Schutz des Eigenthums als unentbehrlich erachtete Maßnahme vorkehrt, deren Unterlassung nicht nur den Eigenthümer, sondern auch dessen ganze Familie an den Bettelstab bringen würde, demjenigen den Ersatzanspruch nur um deswillen versagt wird, weil der Eigenthümer aus Laune oder Eigensinn eine Versicherung nicht gewollt hat?

Es dürften deshalb den Ausnahmsfällen des § 755, in denen der Geschäftsherr verpflichtet wird, auch wenn die Geschäftsführung seinem Willen nicht entspricht, noch jene Fälle anzureihen sein, in welchen durch die Geschäftsführung von der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn eine dringende Gefahr oder ein unersetzlicher Nachtheil abgewendet wird. Dem richterlichen Ermessen darf in dieser Richtung billigerweise der freieste Spielraum eingeräumt werden.

Die Rücksicht der Ethik und der Gerechtigkeit verbieten aber auch die allzuenge Fassung des § 755, welche den Geschäftsführer lediglich auf Ersatz seiner Aufwendungen und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten beschränkt.

Die Analogie des § 595, auf welche ausdrücklich verwiesen wird, gestattet eine Ersatzpflicht des Geschäftsherrn lediglich bezüglich jener Aufwendungen und Verpflichtungen als begründet zu erachten, welche zum Zwecke der Geschäftsführung für erforderlich anzusehen sind. Bezüglich eines allenfallsigen Schadensersatzes, insbesondere des Er-

satzes des durch Zufall eingetretenen Schadens, lehnt das Gesetz, wie die Motive (Bd. II S. 541) entnehmen lassen, wegen Vielgestaltigkeit der Fälle jede Entscheidung ab.

Die Richtigkeit dieser negativen Entscheidung des Gesetzes für das Auftragsverhältniß mag unerörtert bleiben. Dem Geschäftsführer aber, welcher von der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn eine dringende Gefahr abwendet und hierbei in Folge eines Zufalls einen Schaden erleidet, den Anspruch auf vollständige Schadloshaltung zu versagen, verstößt wohl gegen die Grundsätze der Billigkeit [17]). Es ist gewiß keine zu ideale Anschauung, wenn beispielsweise derjenige, welcher ein scheues, mit dem Wagen einem Abgrund sich näherndes Pferd zum Stehen bringt und hierbei durch das Pferd verletzt wird, so daß er wochenlang krank liegt und seinen Arbeitsverdienst entbehrt, als berechtigt erklärt wird, den Ersatz seiner Kurkosten und seines entgangenen Arbeitsverdienstes von dem geretteten Insassen des Wagens zu beanspruchen.

Einen solchen Ersatzanspruch rechtfertigt schon der Gesichtspunkt, daß dem Geretteten nicht etwa nur das ideale unschätzbare Gut des Lebens oder der Gesundheit erhalten blieb, sondern daß ihm nach menschlicher Berechnung eine Ausgabe und dadurch ein vermögensrechtlicher Nachtheil erspart wurde. Ohne das rettende Dazwischentreten des bei seinem Rettungswerke Verletzten würde aller Wahrscheinlichkeit nach der Gerettete, wenn nicht getödtet, jedoch in einem so hohen Grade verletzt worden sein, daß ihm oder seinen Angehörigen (bei einer Tödtung infolge der Beerdigungskosten und des Verlustes der Arbeitskraft, bei einer Verletzung infolge der Krankheitskosten und des Verdienstentganges) wenn nicht ein höherer, so doch derselbe vermögensrechtliche Nachtheil zugegangen wäre, wie demjenigen, der ihn aus einer drohenden Gefahr befreit.

Diese Rücksicht ausgleichender Gerechtigkeit trifft nicht nur für die Fälle zu, in welchen persönliche Gefahren abgewendet werden, sondern auch für diejenigen, in welchen dem Vermögen drohende Nachtheile fern gehalten wurden. Wenn beispielsweise Jemand bei einer drohenden Ueberfluthung durch seine Geistesgegenwart ein Anwesen vom Untergange rettet und hiebei einen bleibenden Nachtheil erleidet oder bei einer drohenden Gasexplosion ein Fabrikgebäude rettet und hiebei verstümmelt wird, so ist es gewiß nur

[17]) Vgl. Eccius-Förster Bd. II S. 453.

eine Forderung ausgleichender Gerechtigkeit, daß demjenigen, welcher ohne Rücksicht auf eigene Gefahr zum Vortheile eines Anderen eingegriffen, für die hiebei ihm zugegangenen Nachtheile der Erwerbsunfähigkeit von demjenigen, von welchem er so schwere vermögensrechtliche Nachtheile abgewendet hat, voller Schadensersatz wird. Mag man auch nicht so weit gehen, um in solchen Fällen eine Belohnungspflicht [18]) zu statuiren, eine Schadensersatzpflicht als Rechtspflicht zu normiren dürfte nur gerecht und billig erscheinen.

Hienach dürfte, da die übrigen Bestimmungen des Entwurfes über die Geschäftsführung nur vollständig sachgemäß erscheinen, für den § 755 folgende Fassung vorzuschlagen sein:

§ 755.

„Ist durch die Geschäftsführung von der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn eine dringende Gefahr oder ein unersetzlicher Nachtheil abgewendet, oder die im öffentlichen Interesse gebotene Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden Verbindlichkeit bewirkt worden, welche ohne die Geschäftsbesorgung nicht ordnungsmäßig erfüllt worden wäre, so steht dem Geschäftsführer der im § 753 bezeichnete Anspruch auch dann zu, wenn er gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gehandelt hat. Dasselbe gilt, wenn von dem Geschäftsführer die Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflicht bewirkt, welche ohne die Geschäftsbesorgung nicht ordnungsmäßig erfüllt worden wäre.

In allen diesen Fällen steht dem Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn ein Anspruch auf vollen Schadensersatz (§ 218) zu."

Dritter Titel.

Gemeinschaft.

§ 763.

Nach den Bestimmungen des Entwurfs wird das Recht der Gemeinschaft durch den Grundsatz beherrscht, daß die Verfügung über

[18]) Vergl. Kohler in Iherings Jahrbücher XXV. 129.

den Gegenstand der Gemeinschaft allen Theilhabern nur gemeinschaftlich zustehe. Eine Konsequenz dieses Prinzips ist die Gemeinschaftlichkeit der Verwaltung, welche nur der Gesammtheit aller Theilhaber zusteht, insofern nicht durch Stimmenmehrheit eine der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entsprechende und das Antheilrecht des einzelnen Theilhabers nicht verletzende Verwaltung beschlossen wird. Aber auch dieses Mehrheitsprinzip erleidet in dem Falle, daß eine Aufhebung der Gemeinschaft weder rechtlich zulässig, noch möglich ist (§ 772), insoferne eine Modifikation, als jeder Theilhaber in Ermangelung einer anderen rechtsverbindlichen Bestimmung eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung beanspruchen kann.

Als weitere Sonderrechte des Theilhabers erkennt der Entwurf an

1. das Recht der selbstständigen Verfügung jedes Theilhabers über seinen Antheil (§ 76);
2. das Gebrauchsrecht an dem gemeinschaftlichen Gegenstande, soweit dessen Ausübung die übrigen Theilhaber nicht beeinträchtigt und
3. das Recht auf verhältnißmäßigen Fruchtgenuß (§ 765).

Handelt es sich endlich um Maßregeln, deren Nothwendigkeit durch die Erhaltung des Gegenstandes bedingt ist, so ist die Einwilligung hiezu von jedem Theilhaber im Voraus zu ertheilen und kann (Motive II S. 878) dieselbe im Wege der Klage erzwungen werden.

Diese Ausgestaltung des Gemeinschaftsrechts bietet insoferne zunächst eine gesetzgeberische Lücke, als Entwurf und Motive über die Befugnisse jedes Einzeltheilhabers zur prozessualen Verfolgung ihrer Rechte vollständig schweigen. Diese Lücke ist gegenüber den Bestimmungen des Entwurfs über die Berechtigung des Einzelgläubigers bei einer Mehrheit von Gläubigern (§ 339) wie gegenüber jenen (§ 951), über die prozessualen Rechte des Miteigenthümers, nach welchem diesem gegen Mitbesitzer, sowie gegen jeden Inhaber der Sache die possessorischen und petitorischen Rechtsmittel eingeräumt werden, besonders auffallend. Das Recht der selbstständigen Verfügung über den Antheil überhaupt, also zur Veräußerung, zeitweisen Ueberlassung 2c. 2c. desselben schließt allerdings auch das Recht der prozessualen Disposition bezüglich dieses Antheiles in sich ein. In jenen Fällen, in welchen sich die Rechtsverletzung speziell gegen den Antheil eines einzelnen Theilhabers richtet, ist hiernach diesem die Befugniß zur prozessualen Verfolgung seiner bedrohten

Antheilsrechte wohl eingeräumt. In jenen Fällen dagegen, in welchen der Angriff des Dritten sich nicht gegen das Einzelrecht, sondern gegen das Recht der Gemeinschaft in seiner Ganzheit richtet, wird nach dem Entwurfe dieses Recht dem einzelnen Theilhaber versagt. Vielmehr würde nach dem Schlußsatz des § 766 beispielsweise von zwei Inhabern eines Patentrechtes der eine gegen der Andern darauf klagen müssen, daß derselbe seine Einwilligung dazu ertheilt, daß die unbefugte Nachahmung eines patentirten Gegenstandes verfolgt wird. Daß dieser Weg ein sehr unzweckmäßiger ist, ja in sehr vielen Fällen der eine Theilhaber gegenüber der Indolenz oder vielleicht sogar der Kollusion mit dem das Recht der Gemeinschaft gefährenden Dritten sogar recht- und schutzlos werden kann, bedarf keiner Erörterung. Die Praxis hat auch das Rechtsbedürfniß, das Interesse der Gemeinschaft mit dem Individualinteresse des Einzelnen zu vermitteln und demselben die Berechtigung zu verleihen, soferne das Interesse der Gemeinschaft nicht leidet, den Rechtsschutz anzurufen, anerkannt.

Entscheidungen des Reichsgerichts XIV. S. 125 XVIII. S. 312, theilweise abweichend Förster-Eccius I. S. 355.

Den möglichen prozessualen Nachtheilen, welche dem nur einem Mitgliede der Gemeinschaft als Prozeßgegner gegenüberstehenden Dritten erwachsen können, kann nicht die Bedeutung beigemessen werden, um das Sonderrecht des einzelnen Theilhabers völlig zu verneinen. Diese Sonderberechtigung zur gerichtlichen Wahrung der Gemeinschaftsrechte findet ihre nothwendige Beschränkung in dem Interesse der Gemeinschaft, sodaß also nur in Rechtsstreitigkeiten, welche die Sicherung, Feststellung und Erhaltung des den Gegenstand der Gemeinschaft bildenden Rechts, in diesen aber sowohl aktiv als passiv jeder Theilhaber zur gerichtlichen Vertretung der Gemeinschaft befugt erscheint.

§ 769.

Der Entwurf folgt nicht dem gemeinrechtlichen Systeme, nach welchem durch ein konstitutives Theilungsurtheil die Aufhebung der Rechtsgemeinschaft erfolgt. Als derjenige Weg, welcher sich für die durch die Theilung nothwendig herbeizuführende Umgestaltung der Rechte der einzelnen Theilhaber als der geeignetste darstellt, erscheint die Umsetzung des Theilungsgegenstandes in Geld und die verhältnißmäßige Vertheilung des Erlöses. Neben dieser gewissermaßen die Norm bildenden Aufhebung der Gemeinschaft durch Veräußerung,

läßt der Entwurf in jenen Fällen, in welchen sich eine Zerlegung des Theilungsgegenstandes in mehrere durchaus gleichartige Theile dergestalt ermöglichen läßt, daß jeder Theilhaber einen seinem Antheile nach Größe und Werth entsprechenden Theil erhalten kann, die Theilung in Natur zu. Bei jenen Gegenständen, deren Naturaltheilung ebenso wenig ermöglicht ist, als deren Veräußerung, ist die Versteigerung unter den Theilhabern vorgesehen.

Diese Gestaltung des Theilungsverfahrens entspricht dem Rechtsbedürfnisse nicht in erschöpfender Weise. In jenen Fällen, in welchen sich die Gemeinschaft nicht auf Vermögensgegenstände[19]) bezieht, wie beispielsweise bei Urkunden, Antheilscheinen an gemeinnützigen Instituten, Hilfskassen, mit deren Besitz entweder nur persönliche Ansprüche oder höchst bedingte Vermögensrechte verknüpft sind, ist eine Veräußerung oder Naturaltheilung geradezu ausgeschlossen. Ein Rechtszwang aber auf die Theilhaber, für einen Gegenstand, welcher entweder niemals oder in fernen Zeiten ein Vermögenswerth erhalten wird vermögensrechtliche Opfer zu bringen, wie solcher durch die subsidare Versteigerung unter den Theilhabern geübt wird, scheint den Forderungen der Billigkeit nicht zu entsprechen. In einer Reihe von Fällen, namentlich in jenen, in welchen Besitz, Gebrauchs-, erbliche Nutzungsrechte, Servitutrechte in Frage stehen, ist wie z. B. auch bei gemeinsamen Einfahrten, eine Versteigerung des Theilungsgegenstandes ohne gleichzeitige Versteigerung des herrschenden Grundstücks nicht möglich[20]), während eine Theilung der Gebrauchsrechte beispielsweise bei Wässerungsrechten[21]) nach einem alternirenden Turnus oder nach verschiedenen Zeiträumen eine allen Interessen gerecht werdende Lösung der mit der Fortdauer der Gemeinschaft verbundenen Schwierigkeiten herbeiführen kann. In vielen Fällen, beispielsweise bei Urheber- oder Patentrechten würde eine völlige Aufhebung der Gemeinschaft durch Veräußerung oder selbst Versteigerung unter den Antheilsberechtigten sehr oft dem gemeinsamen Interesse der letzteren widerstreiten, während eine räumliche Theilung des Ausbeutungsrechts nach verschiedenen Bezirken sich als durchaus sachgemäß darstellen würde.

Die Schablone einer Verwerthung des Theilungsgegenstandes im Wege einer allgemeinen oder unter den Theilhabern beschränkten

[19]) Vgl. Motive II. S. 874.

[20]) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 22 Nr. 138, Bd. 33 Nr. 287.

[21]) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 23 Nr. 128.

Versteigerung erscheint bei der Vielgestaltigkeit des Rechtslebens um so weniger angemessen, als auch nach der Bestimmung des § 2151 des Entwurfes auf die Aufhebung der Erbgemeinschaft auch die allgemeinen Normen über die Gemeinschaft anwendbar erscheinen.

Auch der Dresdener Entwurf anerkannte in Art. 855 die Nothwendigkeit, für den Fall Obsorge zu treffen, daß kein Theilhaber die Versteigerung verlange oder dieselbe erfolglos bleibe, und enthielt die Bestimmung, daß in diesen Fällen die Theilung in der für sämmtliche Theilhaber angemessensten Weise erfolgen solle, insbesondere, daß der Theilungsgegenstand dem einen Theilhaber gegen Entschädigung des anderen oder Bestellung von Rechten an demselben zugetheilt werden können. In der That dürfte kein Grund bestehen, gerade bei dem Theilungsverfahren dem freien Walten des Richteramtes beengende Fesseln anzulegen.

Dem freien richterlichen Ermessen wird in dem Entwurfe ein so weiter Spielraum gegönnt[22]), daß es nicht überzeugend ist, wenn in den Motiven gerade die Schwierigkeiten der durch das Adjudikationsprinzip dem Theilungsrichter gestellten Aufgaben hervorgehoben werden. Da wo das rein sachliche unter Berücksichtigung aller Umstände zu schöpfende Urtheil des Richters allein nicht ausreicht, tritt wie in einer Reihe anderer Fälle eben die Nothwendigkeit hervor, den Beirath von Sachverständigen in Anspruch zu nehmen. Eben darum dürften auch kaum in größerem Maße als in anderen Fällen, beispielsweise bei Beseitigung schädlicher Immissionen nach sachverständigem Gutachten, im handelsrechtlichen Liquidationsverfahren u. s. f., prozessuale Schwierigkeiten bezüglich der Formulirung eines bestimmten Antrags hervortreten.

Die Berechtigung dieser Anschauung ergiebt sich wohl am schlagendsten aus der Begründung des § 772, nach welchem dem richterlichen Ermessen anheimgegeben wird, in bestimmten Fällen Verwaltungsmaßregeln zu beschließen, eine Aufgabe, welche, wie die Motive mit Recht bemerken, dem Richter keine anomale Stellung anweisen. In diese Kategorie fallen indessen Maßnahmen, welche, wie beispielsweise die räumliche Theilung, über die Tragweite einer bloßen Verwaltungsmaßregel hinausgehen. Es ist aber gewiß nicht abzusehen, warum der Richter in jenen Fällen, in welchen eine

[22]) Vgl. §§ 86, 89, 222, 353, 357, 566, 598, 625, 638, 648, 724, 728, 914, 1228, 1238, 1444, 1460, 1500, 1638, 1896.

eigentliche Naturaltheilung im Sinne des Entwurfes, d. h. Zerlegung in durchaus gleichwerthige Theile, nicht möglich ist, zwar befugt sein soll, eine räumliche Theilung, d. h. eine Zuweisung ungleicher Loose im Wege der Verwaltung, zu beschließen, aber nicht mit der Wirkung, daß hierdurch die Rechtsgemeinschaft völlig aufgehoben wird und der durch die Zutheilung des ungleichen Looses Verkürzte mit Geld abgefunden werden muß. Entstehen hier keine prozessuale Schwierigkeiten und ist der nachträgliche Vorschlag einer anderweiten Verwaltungsmaßnahme nicht als Klagänderung aufzufassen, so kann auch, wo es die Umstände erfordern, in der Aenderung des begehrten Theilungsmodus keine unzulässige Aenderung der Klage erblickt werden, da ja die thatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Klage in keiner Weise verrückt werden.

Hiernach dürfte es sich empfehlen, gewissermaßen als Normaltheilung, die Theilung in Natur oder bei Immobilien die Veräußerung nach Analogie der Subhastation, bei Mobilien nach jener der Zwangsversteigerung der Pfandobjekte zuzulassen, in allen jenen Fällen dagegen, in welchen sich die beiden Theilungsarten nicht als angemessen darstellen, das Gericht nach freiem Ermessen darüber entscheiden zu lassen, in welcher Weise am zweckmäßigsten die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt. Daß das Gericht hierbei in keiner Weise beengt werden darf, vielmehr bezüglich der Fixirung einer etwaigen Entschädigung oder der Bestellung dinglicher Rechte oder der Einführung eines Turnus durchaus unbeschränkt ist, bedingt die freie Stellung des Theilungsrichters, welche demselben bei dem wenn auch nur gewissermaßen subsidären Adjudikationsprinzip einzuräumen ist. Diesen Gesichtspunkten entspricht die Formulirung des § 769, bei welcher des Falles, daß mehrere gleichartige und gleichwerthige Gegenstände gemeinschaftlich sind, nicht besonders zu erwähnen war. Denn Nichts ist wohl selbstverständlicher, daß, wenn die Naturtheilung bei einem gemeinschaftlichen Gegenstande durch Zerlegung in gleichartige und gleichwerthige Theile Platz greift, dieselbe umsomehr Platz zu greifen hat, wenn es dieser Zerlegung im Grunde gar nicht mehr bedarf, vielmehr die gleichartigen und gleichwerthigen Theile von Anfang bereits vorhanden waren.

§ 769 b.

Der Entwurf enthält keine besonderen Bestimmungen über die Anfechtung einer Theilung. Die Motive besprechen lediglich die Wirkungen einer unvollständigen Theilung. Hienach kann in dem

Falle, in welchem bei Aufhebung der Gemeinschaft ein derselben unterliegender Gegenstand nicht getheilt wurde, nur die nachträgliche Theilung desselben und ebenso, falls bei Aufhebung der Gemeinschaft ein Theilhaber unberücksichtigt geblieben ist, von diesem eine neue Theilung, d. h. die Aufhebung der Gemeinschaft unter Berücksichtigung seiner Person begehrt werden. Weder der Entwurf, noch die Motive verbreiten sich über den Einfluß der Mängel der Willensbestimmung, wie irriger Voraussetzungen auf den Rechtsbestand von Theilungsverträgen.

Für diese Bestimmungen besteht aber zweifellos ein gesetzgeberisches Bedürfniß. Es wird immerhin zweifelhaft sein, ob ein Theilungsvertrag wie jeder andere Vertrag, oder insoferne es sich um die Auseinandersetzung bezüglich eines strittigen oder der Regel nach ungewissen[23]) Rechtsverhältnisses gleich einem Vergleiche der Anfechtung unterliegt, oder ob die Anfechtbarkeit der Theilung durch erhöhte Forderungen noch mehr zu erschweren ist.

Nach dem gemeinen Recht kann eine Theilung (richterliche oder vertragsmäßige) nur aus allgemeinen Gründen angefochten werden. Die Anfechtung ist wegen irriger Voraussetzungen statthaft, insbesondere dann, wenn der Theilung ein nicht vorhandenes Berechtigungsverhältniß zu Grunde gelegt worden ist[24]). Nach den Bestimmungen des Preußischen Rechts soll eine Theilung, falls sie ohne Zuziehung des Richters zu Stande gekommen, wie ein rechtskräftiges Erkenntniß rücksichtlich der Anfechtbarkeit beurtheilt werden[25]).

Nach den Bestimmungen des französischen Rechts (Code civil Art. 1887 ff.) ist eine Erbtheilung in dem Falle des Betrugs oder des Zwangs und in dem weitern Falle anfechtbar, daß einer der Miterben um mehr als ein Viertheil verletzt ist. Der Irrthum ist als ein selbstständiger Anfechtungsgrund nicht anerkannt[26]). Das

[23]) Ungewiß ist im Sinne des Entwurfs (Motive S. 651) das Rechtsverhältniß auch dann, wenn der Anspruch zwar an sich feststehend und völlig bestimmt ist, und die Ungewißheit lediglich die Erfüllung desselben betrifft, welche sodann durch die vergleichsweise Einigung der Parteien außer Streit gesetzt wird. In diesem Sinn ist jede Theilung gewissermaßen eine Auseinandersetzung über die Erfüllung des Anspruchs des einen Theilhabers gegenüber dem andern.

[24]) Windscheid II S. 693.

[25]) Thl. 1 Tit. XVII § 111—112. Foerster-Eccius III S. 311.

[26]) Entsch. des Reichsg. 10. Mai 1887, Juristische Wochenschrift XVI 282[39].

italienische Recht (Art. 1038—1043 des Code civil) enthält dieselben Bestimmungen wie das französische Recht.

Trotz der großen Aehnlichkeit zwischen Vergleich und Theilung, welche insbesondere bei Erbtheilungen hervortritt, besteht zwischen beiden Rechtsformen eine nicht unerhebliche Verschiedenheit. Der Vergleich bedingt seiner Natur nach ein gegenseitiges Nachgeben, eine Aufopferung auf beiden Seiten; die Theilung dagegen beruht auf dem Grundsatze der Gleichheitlichkeit der Antheile, der durchweg gleichen Rechtsstellung der Theilenden.

Aus diesem Grunde wäre es unbillig, auf die Anfechtbarkeit von Theilungsverträgen die erschwerenden Bestimmungen über solche von Vergleichen anzuwenden. Dieselben unterliegen vielmehr, wie alle andern Verträge, der Anfechtung wegen Irrthums, Betrugs und Zwangs. Ein zureichender Grund, nach dem Vorbilde des französischen Rechts den Irrthum als selbstständigen Anfechtungsgrund auszuschließen, dürfte nicht bestehen.

Dagegen können Theilungsurtheile nur durch die gewöhnlichen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel angefochten werden — ein so selbstverständlicher Satz, daß derselbe im Gesetze allerdings nicht besonders ausgesprochen werden muß. Die Rechtskraft eines Urtheils wirkt jedoch nur insoweit, als objektive und subjektive Identität des Streitverhältnisses besteht. Ein Theilungsurtheil präjudizirt nur den in dem Rechtsstreit befangenen Theilungsinteressenten, nicht einem Dritten, welcher bei der Theilung übergangen wurde, und auch nicht bezüglich einer Sache, welche gar nicht Gegenstand der Theilung war. Ist daher ein Theilungsbetheiligter zu der Theilung nicht zugezogen worden oder ein Gegenstand ungetheilt geblieben, so kann trotz des in Mitte liegenden Theilungsurtheils und noch mehr ungeachtet eines Theilungsvertrages eine neue Theilung beansprucht werden. Hierbei ist aber wohl die Einschränkung zu treffen, daß der bei der Theilung unberücksichtigte Gegenstand — worunter im Sinne der Motive sowohl Sachen als Rechte zu verstehen sind, selbstständiger Natur sein muß und nicht als eine bloße Zubehör[27]) erscheint.

§ 770.

Der Entwurf gewährt dem einen Theilhaber zur Sicherung der ihm gegen einen andern sich auf die Gemeinschaft gründenden An-

[27]) Motive III S. 33.

sprüche ein Zurückbehaltungsrecht, beschränkt jedoch die Ausübung desselben gegenüber der Person des Theilhabers und versagt dasselbe wie in den Motiven ausdrücklich bestimmt ist, gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger.

Diese Beschränkung des Zurückbehaltungsrechtes entspricht weder der Billigkeit, noch dem Systeme des Gesetzes. Sowohl nach dem System des gemeinen Rechts, nach welchem die Befriedigung des einen Theilungsbetheiligten mit seinen persönlichen Ansprüchen geradezu einen Bestandtheil des Theilungsverfahrens bildeten, und mittelst der actio communi dividundo verfolgt werden konnten, wie nach dem System des Preußischen Rechts[28]), nach welchem eine Veräußerung des gemeinschaftlichen Gegenstandes ohne Zustimmung des Theilhabers nicht möglich war, da derselbe sein Vorkaufsrecht geltend machen konnte, war es folgerichtig, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber der Person des Schuldners zu beschränken. Nachdem aber der Entwurf das Vorkaufsrecht beseitigt, ist der eine Theilhaber in der Lage seinen Antheil zu veräußern, und die Befriedigung des andern Theilhabers wegen seiner Ansprüche aus Verwendungen, welche eine Erhöhung des Werthes des veräußerten Gegenstandes verursacht haben, wenn nicht zu vereiteln, doch sehr zu erschweren. Der eine Theilhaber wird ferner gezwungen mit dem Einzelrechtsnachfolger, etwa mit dem Vermächtnißnehmer des andern Theilhabers, welchem dessen Antheil durch letztwillige Verfügung zugewendet, vollständig abzutheilen, und sich mit den Erben als den Universalrechtsnachfolgern wegen seiner persönlichen Ansprüche auseinander zu setzen.

Die Bestimmung des § 44 der Konkursordnung ist keine zufällige exceptionelle Rechtsnorm, sie wurzelt vielmehr im rechtlichen Wesen der Gemeinschaft. Die aus derselben entspringende Zustandsobligation ergreift auch die Verbindlichkeit zur Tragung der auf dem Antheile ruhenden Lasten, mag derselbe der Person des ursprünglichen Theilhabers, oder dessen Rechtsnachfolger zustehen.

Hiernach wird dem § 770 der Zusatz beizufügen sein: dieser Anspruch steht ihm auch gegenüber dessen Einzelrechtsnachfolger zu.

§ 772.

Die Voraussetzungen, unter welchen es dem einen Theilhaber gestattet sein muß, selbst gegen den Willen der Mehrheit eine dem billigen Ermessen entsprechende Verwaltung durchzusetzen, erscheinen

[28]) Vergl. Förster-Eccius III S. 309 Note 78, fünfte Auflage.

zu eng gegriffen. Es giebt eine Reihe von Fällen, in welchen eine Aufhebung der Gemeinschaft zwar durch Naturaltheilung unmöglich, dagegen eine solche durch Verkauf zwar nicht absolut unmöglich ist, aber doch dem Interesse der Gemeinschaft absolut widerspricht. Wenn beispielsweise der Grundbesitz augenblicklich entwerthet ist und eine Werthssteigerung in nicht allzuferner Zeit in Aussicht steht, oder wenn eine Zwangsenteignung zu erwarten ist, so soll doch nicht es dem einen Theilhaber, oder einer komplottirenden Mehrheit gestattet sein, auf die Mittellosigkeit des andern Theilhabers zu spekuliren und sich auf dessen Kosten zu bereichern.

In diesen Fällen muß eben das billige Ermessen des Richters eingreifen und der Grundsatz, nach welchem die Bande der Gemeinschaft jederzeit lösbar sind, mit den Interessen der Theilhaber in Einklang zu bringen suchen.

Hiernach ergeben sich folgende Abänderungsvorschläge:

§ 763.

Jeder Theilhaber kann über seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Gegenstande verfügen. Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen kann nur von allen Theilhabern gemeinschaftlich verfügt werden. Das Letztere gilt auch von einer thatsächlichen Veränderung des Gegenstandes.

In Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung, Erhaltung und Sicherung der Rechte der Gemeinschaft betreffen, ist jeder Theilhaber zur Vertretung derselben befugt.

§ 769.

Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt, sofern sich der gemeinschaftliche Gegenstand ohne Werthsminderung in mehrere der Zahl und den Antheilen der Theilhaber entsprechende gleichartige und gleichwerthige Theile zerlegen läßt, durch Theilung in Natur, außerdem durch den Verkauf des Theilungsgegenstandes nach Maßgabe der Vorschriften über Zwangsvollstreckung.

Ist jedoch Naturtheilung oder der Verkauf unmöglich, oder widerstreitet eine dieser Maßnahmen dem Interesse eines oder mehrerer Theilhaber, so bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen die Theilungsart. Der Verkauf einer ungetheilten Forderung ist nur dann zulässig, wenn deren gemeinschaftliche Einziehung noch nicht möglich ist. Jeder Theilhaber ist berechtigt, dieselbe zu verlangen.

§ 769b.

Ist ein selbstständiger Theilungsgegenstand bei der Theilung unberücksichtigt geblieben, so kann jeder Theilhaber die nachträgliche Aufhebung der Gemeinschaft bezüglich desselben verlangen. Ist ein Theilungsbetheiligter bei der Aufhebung der Gemeinschaft nicht berücksichtigt worden, so kann er jederzeit eine neue Theilung unter Berücksichtigung seiner Posten begehren.

Im übrigen unterliegen Theilungsverträge der Anfechtung nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen (§ 95—104).

§ 770.

Hat ein Theilhaber gegen einen anderen Theilhaber eine Forderung, welche in der unter ihnen bestehenden Gemeinschaft ihren Grund findet, so kann er verlangen, daß die Forderung bei Aufhebung der Gemeinschaft aus dem Antheile des Schuldners an dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt werde. Dieser Anspruch steht ihm auch gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger seines Schuldners zu.

§ 772.

Stehen der Aufhebung der Gemeinschaft rechtliche oder thatsächliche Hindernisse insofern entgegen, als Naturtheilung oder Verkauf des Theilungsgegenstandes nicht möglich sind, oder dem Gesammtinteresse widerstreiten, so kann in Ermangelung einer die Verwaltung und Benützung in verbindlicher Weise regelnden Bestimmung jeder Theilhaber eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Art der Verwaltung beanspruchen. Dasselbe gilt, falls ein versuchter Verkauf erfolglos geblieben ist, in welchem Falle auch jeder Theilhaber die Wiederholung des Versuches verlangen kann, falls er sich zur Uebernahme der hierdurch entstehenden Kosten verpflichtet.

Vierter Titel.

Vorlegung und Offenbarung.

Die Motive erachten den Nachweis eines dinglichen oder persönlichen Rechts und eines sich hieran knüpfenden Interesses für die Begründung des Rechts auf Exhibition gegenüber jedem Inhaber der Sache als nicht ausreichend, und beschränken die Zulässigkeit des Exhibitionsverlangens auf jene Fälle, in welchen der Anspruch gegen

den Inhaber oder Besitzer der Sache selbst gerichtet ist. Dieselben erblicken in einer solchen schrankenlosen Ausdehnung einen Verstoß gegen die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere gegen das Prinzip, daß Niemand einen Eingriff in den durch die Rechtsordnung abgeschlossenen Kreis seiner Privatrechte zu dulden hat. Allein diese Sätze entbehren der Beweiskraft. Die bloße Besichtigung einer Sache involvirt wohl noch keinen Eingriff in die privatrechtliche Sphäre; und die Belästigung, welche durch die nur auf ein enges Gebiet abgegrenzte Verpflichtung erzeugt wird, ist eine verschwindende gegenüber der ausnahms- und schrankenlosen Zeugnißpflicht. Die Exhibition ist aber, sofern dieselbe nicht von dem wirklichen Prozeßgegner beansprucht wird, nichts Anderes, als eine beschränkte Zeugnißpflicht. Läßt der Entwurf den Anspruch auf Exhibition gegen jeden Dritten zu, unter der Voraussetzung, daß dieselbe nur zu dem Zwecke erfolgen soll, um sich über den Rechtsbestand eines Anspruchs nur zu vergewissern, so ist ohnedies damit schon dem Recht der Offenlegung eine weit über das Gebiet eines konkreten Rechtsstreits hinausreichende Ausdehnung gegeben. Es ist übrigens nicht abzusehen, wie die gefürchteten Mißbräuche entstehen können, wenn die Berechtigung des Exhibitionsverlangens von dem Vorhandensein eines persönlichen oder dinglichen Anspruchs in Ansehung der Sache bedingt wird.

Auf diesem Standpunkte steht das gemeine Recht [29]); die gemeinrechtliche Praxis läßt ausdrücklich den Exhibitionsanspruch gegenüber dem Nichtbesitzer zu, sofern derselbe den Besitz dolos aufgegeben. Die rechtlichen Voraussetzungen für die Exhibition aber noch mehr zu beschränken, besteht nach der gewohnheitsrechtlichen Rechtsbildung und nach der Tendenz, den Kreis der Förderungsmittel der materiellen Wahrheit mehr und mehr zu erweitern, wohl nicht der mindeste Grund. Ja nach den gewohnheitsrechtlichen Normen ist nicht einmal die Existenz oder die Möglichkeit eines Anspruches in Bezug auf die Sache die nothwendige Vorbedingung für die Exhibition, vielmehr ist oft schon das bloße Interesse genügend, wie beispielsweise dem Miether gegenüber, welcher verpflichtet ist, jedem Miethsliebhaber das Miethsobjekt vorzuzeigen. Auf dem Gebiete des Handelsrechts entscheidet über die Verbindlichkeit zur Vorlage der Handelsbücher lediglich das richterliche Ermessen.

---

[29]) Vgl. Windscheid II. S. 783. Glück's Pandekten XI. S. 192. Entsch. des R. G. II. S. 206.

Die Bedürfnisse des Rechtslebens erheischen auch in der That die Ausdehnung des Exhibitionsrechts. Den Versicherungsgesellschaften beispielsweise muß zum Zwecke der Aufrechnung die Einsichtnahme der geretteten Sachen, auch wenn sie sich im Besitze Dritter befinden, dem Absender jene des beschädigten Frachtguts, auch wenn dasselbe bereits in den Besitz des Adressaten übergegangen ist behufs eines etwaigen Rückgriffs gegenüber dem Frachtführer, dem Patentinhaber gegenüber dem Besitzer die Augenscheinnahme an dem patentirten Gegenstand gestattet sein.

Noch in anderer Hinsicht erscheint die Fassung zu eng. Der Anspruch auf Exhibition erscheint wohl schon begründet, wenn der Anspruch des Exhibitionsklägers nur einen Theil der Sache betrifft, d. h. die Sache, in Ansehung welcher der durch die Exhibition zu wahrende Anspruch besteht, bereits in eine untrennbare Verbindung mit einer anderen gebracht ist.[30]) Da die Exhibition in dem heutigen Rechtsleben lediglich die Funktion einer vorbereitenden Klage hat, so kann auch nicht von einem begründeten Trennungsanspruch, wie nach dem gemeinen Recht, die Sprache sein, wohl aber davon, daß dem Betheiligten die Gelegenheit gegeben wird, durch Besichtigung des Ganzen seinen Zweck, sich über den Zustand der Sache, bezüglich welcher er anspruchsberechtigt ist, zu vergewissern. So wird beispielsweise derjenige, welcher sich des Musterschutzes bezüglich der von ihm entworfenen Thonkacheln versichert hat, einen Anspruch auf Besichtigung des Ofens haben, zu welchem dieselben verwendet sind.

Endlich besteht kein Anlaß, in dem Gesetzestext von einem „Vorlegen und Vorzeigen" der Sache zu sprechen. Eine derartige Fassung ist nur geeignet, das Mißverständniß zu erzeugen, als ob nur bewegliche Sachen Gegenstand der Exhibition sein könnten. Wesentlich erscheint aber die Möglichkeit der Augenscheinseinnahme und unter Umständen der Untersuchung wie beispielsweise beim Wein, Getreide.[31])

Es dürfte sich deshalb auch als Titelüberschrift statt Vorlegung das Wort „Offenlegung" empfehlen und dieser Ausdruck auch im Texte statt der, das Wesen der Sache nicht ganz deckenden Häufung, Vorzeigung und Vorlegung zu gebrauchen sein.

[30]) Glück's Pandekten XI. S. 121. Demelius, die Exhibitionspflicht S. 116.
[31]) Demelius, die Exhibitionspflicht. S. 54, 55.

§ 776.

Rechtsstreitigkeiten über den Ort der Offenlegung gehören nicht zu den Seltenheiten. Das Zwitterwesen der Offenlegung als eines theilweise privatrechtlichen, theilweise prozessualen Rechtsinstituts läßt es zweifelhaft erscheinen, ob nicht die Offenlegung, insbesondere jene von Urkunden bei Gericht zu erfolgen hat, ob die Offenlegung an dem Wohnorte und in den Räumlichkeiten des Besitzers des offenzulegenden Gegenstandes oder in jenen desjenigen, der die Offenlegung begehrt, erfolgen soll.[32]

Der Natur der Sache entspricht es, daß die Offenlegung eines Gegenstandes an dem Orte erfolgt, an welchem sich derselbe befindet. Dem richterlichen Ermessen müssen jedoch ausnahmsweise, durch den Zweck der Offenlegung geforderte Anordnungen vorbehalten bleiben, so, falls es sich um die nur durch Sachverständige zu ermöglichende Feststellung der Identität eines Gegenstandes, beispielsweise einer Cremoneser Geige handelt, und an dem Orte, an welchem sich derselbe befindet, solche Sachverständige nicht zu finden sind.

Eine, den Regelfall treffende Bestimmung wird aber im Gesetze nicht überflüssig erscheinen.

§ 777.

Die Verpflichtung zur Offenbarung dürfte auf den Fall auszudehnen sein, daß Jemand die von ihm gezogenen Nutzungen aus einem widerrechtlich sich angeeigneten Vermögensgegenstande abzutreten hat. Bei einem Bezug von Nutzungen während einer längeren Periode ist es dem Vindikanten an und für sich kaum möglich, das Roherträgniß, geschweige denn das Reinerträgniß derselben festzustellen. Handelt es sich um die Nutzungen eines widerrechtlich ausgeübten immateriellen Rechtes, wie des Urheber- oder Patentrechtes, so ist ohnedies für den Gegner des Abtretungspflichtigen die Begründung seiner Interessenforderung in dem Grade erschwert, daß er außerdem so ziemlich rechtlos erscheinen würde.

Das Obertribunal hat denn auch bereits in Anerkennung dieses praktischen Bedürfnisses in einem Plenarbeschluß vom 4. Mai 1863[33]) den Satz ausgesprochen, daß der zur Herausgabe einer Sache mit

[32]) Windscheid Pandekten II. § 474 S. 782 Note 1a, hiegegen Demelius S. 199.

[33]) Entscheidungen Bd. 49. S. 21. Dernburg Preuß. Privatrecht II. § 44 hiegegen Entsch. des R. G. IX. S. 269. X. S. 255 Bähr in Jherings Jahrbücher XIII. 254.

den Früchten rechtskräftig Verurtheilte zur Rechnungslegung über die Früchte seit Insinuation der Klage verpflichtet sei. In der That läßt sich auch für Nutzungen, deren Verschiedenheit theils durch die Verschiedenheit der Bezugsperioden, theils durch jene des Nutzungsgebietes bestimmt wird, das begriffliche Merkmal eines Inbegriffs von Vermögensgegenständen sehr wohl aufrecht erhalten. Es muß für das Wesen der Sache gleichgültig sein, ob bei den abzutretenden Vermögensgegenständen die Hauptsache oder die Nebensache es ist, welche sich in selbstständige Mehrheiten auflöst. Es ist nicht zu verkennen, daß die Offenbarungspflicht fast identisch ist mit der Verbindlichkeit zur Rechnungslegung[34]). Allein mag auch für andere Fälle, wie beim Mandat, Gesellschaft, Gemeinschaft, den Motiven (II. S. 893) darin beizutreten sein, daß eine eidliche Erhärtung der Rechnung nicht beansprucht werden kann, so wird doch aus Rechts- und Billigkeitsgründen im gegebenen Fall die Rechnungsablage, ohne welche eine vollständige Manifestation nicht denkbar ist, wie deren eidliche Erhärtung nicht entbehrt werden können.

2. Der Entwurf normirt nicht die Folgen der Eidesweigerung. Soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, ist der Gläubiger auf die Geltendmachung seines Interesses beschränkt. Dies folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Dem ist jedoch nicht so.

Aus allgemeinen Grundsätzen möchte sich wenigstens nicht die Nothwendigkeit dreier Rechtsstreite um einen und denselben Streitgegenstand ableiten lassen, zuerst um die Feststellung der Verbindlichkeit zur Herausgabe des Vermögensinbegriffs, sodann um die Ableistung des Offenbarungseides und endlich um die ziffermäßige Feststellung des Interesses, welche, wenn sie auf dem Wege des gewöhnlichen Beweisverfahrens erfolgen müßte, für den Kläger geradezu unübersteigliche Schwierigkeiten bieten und denselben fast vollständig rechtlos stellen würde.

Es rechtfertigt sich deshalb gewiß für den Fall der böslichen Eidesweigerung die Analogie des § 260 der Reichs-Civilprozeßordnung anzuwenden, und den Kläger zur eidlichen Erhärtung seines durch das richterliche Urtheil zu begrenzenden Interesses zuzulassen. Auch der Art. 471 der bayerischen Prozeßordnung von 1869, welcher die materiellen Voraussetzungen für die Ableistung des Offenbarungseides

[34]) Entsch. des R. G. XIV. S. 208. Bähr a. a. O. S. 256. Entsch. des R. O. H. G. Bd. XXII. S. 338.

normirte und welcher der Bestimmung des Art. 85 des zur Zeit in Geltung befindlichen bayerischen Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung als Vorbild diente, enthält eine desbezügliche Bestimmung.

3. Eine Lücke enthält insofern der Schlußabschnitt der Schuldverhältnisse, als er wohl der geeignetste wäre, den Rechtsstoff der Rechnungslegung selbst zum Gegenstand der gesetzlichen Regelung zu machen. Die Motive verzichten auf eine nähere Begründung dieser Unterlassung.

Bei der hervorragenden Bedeutung der Rechnungsablage für das praktische Rechtsleben darf eine gesetzliche Regelung derselben nicht vermißt werden. Die Gliederung des Rechnungsprozesses in den Streit um die Verbindlichkeit zur Rechnungsablage und das Moniturverfahren ist nur auf die Praxis zurückzuführen; die Streitfragen, ob die Rechnung mit Belegen zu versehen ist, ob der Rechnungsherr auch Ausantwortung oder Offenlegung der Rechnung und der Belege zu beanspruchen berechtigt ist, ob ein Anspruch auf Anerkennung der Rechnung besteht und s. f. mögen in manchen Fällen eine individualisirende Behandlung erfordern, erheischen aber immerhin für den Regelfall die gesetzgeberische Feststellung nach bestimmten Rechtsgrundsätzen.

An diese Ausführungen reihen sich folgende Abänderungsvorschläge:

Vierter Titel.

Offenlegung und Offenbarung.

§ 774.

Wer an der Besichtigung der Sache wegen eines ihm bezüglich derselben zustehenden Anspruches ein Interesse hat, oder wer bezüglich eines solchen Anspruches sich durch die Besichtigung der Sache Gewißheit verschaffen will, kann von deren Besitzer oder Inhaber die Offenlegung derselben zum Zwecke der Augenscheineinnahme beanspruchen.

§ 775 unverändert.

§ 776.

Die Offenlegung hat in den Fällen der §§ 774, 775, sofern das Gericht keine anderweite Bestimmung trifft, an dem Orte zu erfolgen, an welchem sich der offenzulegende Gegenstand befindet; die Gefahr und die Kosten der Offenlegung hat derjenige zu tragen, welcher dieselbe beansprucht.

§ 777.

Wer einen Inbegriff von Vermögensgegenständen ganz oder zu einem Bruchtheile, insbesondere die von einem Gegenstande bezogenen Nutzungen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu ertheilen verpflichtet ist, hat dem Berechtigten auf dessen Verlangen ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen und den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er den Bestand vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Aenderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen. Auf die Abnahme des Eides finden die Vorschriften der §§ 440 bis 446, 780, des § 781 Abs. 1 und des § 783 der Civilprozeßordnung mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Ladung zu dem für die Abnahme zu bestimmenden Termine auch von dem Verpflichteten erfolgen kann.

Wird der Offenbarungseid verweigert, so kann der zur Forderung desselben Berechtigte zur eidlichen Erhärtung seines Interesses zugelassen werden. In diesem Falle hat jedoch das Gericht den Höchstbetrag des Interessenanspruchs zu bestimmen.

Pfandrecht und Grundschuld.

Von Rechtsanwalt Scholler in Landau.

Seit länger besteht im rheinisch-französischen Rechtsgebiete Uebereinstimmung der Ansichten, daß zu den schwächsten Theilen des Code civil das Hypothekenrecht gehöre. Auch früherhin gestand man schon Unvollkommenheiten zu, erklärte aber mit Zachariä die Grundlagen dieses Rechtes für die „allerdings richtigen". Erst die steigende Bedeutung des Realkredites und die hieraus fließende, verstärkte Erprobung des Hypothekenrechtes stellte heraus, daß letzteres wohl eine kunstvolle, aber keineswegs glückliche Kombination römischer und moderner Prinzipien ist. Von dem gesetzgeberischen Gehalte der Revolutionsepoche, welche in der loi vom 11. brumaire Jahr VII die Unterscheidung von vertragsmäßigen, richterlichen und gesetzlichen Unterpfändern aufstellte und einen vielversprechenden Anlauf nahm, die Materie auf der Grundlage des Publizitäts- und Spezialitätsprinzipes zu gestalten, hatten die Redaktoren des Code civil jene Unterscheidung und die Ordnung des Rechtes der vertragsmäßigen Hypothek entlehnt. Bedeutsame sonstige Vorschriften germanischen Ursprungs, welche zu einer der deutschrechtlichen Hypothek verwandteren Entwicklung hätten führen können, lehnten oder schwächten sie aber ab und kehrten sie meist zu römischrechtlichen Auffassungen zurück. Bemerkenswerther Weise bildet das Brumairegesetz noch heute einen Ausgangspunkt der Reformbestrebungen in Frankreich selbst.

Trotz der oben hervorgehobenen Uebereinstimmung der Ansichten ist aber im rheinisch-französischen Rechtsgebiete das Hypothekenrecht des Code civil bis auf die letzten Jahrzehnte in fast unversehrter Geltung geblieben; man befürchtete, durch eine Reform den organischen Zusammenhang des Rechtssystems des Code civil, einer Rechtsschöpfung,

welche gleichwohl für die vorzüglichste der neueren Zeit gehalten wurde, zu stören. Die seitdem in den meisten Ländern dieses Gebietes eingetretenen, mehr oder minder durchgreifenden Aenderungen kündigten sich fast sämmtlich als bestimmt an, den Uebergang zum künftigen deutschen bürgerlichen Gesetzbuche zu erleichtern. Unvermeidlich mußte hierbei eine Beeinträchtigung der bisherigen Rechtseinheit dieser Länder, eine natürliche Folge zersplitternder Gesetzgebung, mit in den Kauf genommen werden. Möge der hierdurch geschaffene Zustand auf keiner Seite die Fähigkeit trüben, den bisherigen Besitz wie das, was der Entwurf bietet, unbefangen zu würdigen!

Der Einreihung des Stoffes Pfandrecht und Grundschuld in das Sachenrecht wird mit den Motiven des Entwurfes ohne Weiteres beizupflichten sein. Auch der Code civil faßt das Pfandrecht als ein dingliches Recht auf. Der Zusammenfassung von Pfandrecht und Grundschuld in einen Abschnitt mag die strenge Systematik, welcher die Grundschuld als ein Fremdling im Pfandrechte erscheinen mag, vielleicht widerstreben. Doch ist die Grundschuld immerhin dem Pfandrechte nahe verwandt und aus ihm erwachsen. Der natürlichen Gliederung des Entwurfes, welche im ersten, in mehrere Abtheilungen zerfallenden Titel das Pfandrecht an Grundstücken, im zweiten Titel die Grundschuld, im dritten das Pfandrecht an beweglichen Sachen, im vierten das Pfandrecht an Rechten behandelt, folgen wir bei nachstehender Besprechung.

I.

In der ersten Abtheilung des ersten Titels, welche die normale Hypothek, „Hypothek ohne Hypothekenbrief", entwickelt, erscheint letztere als verkehrsfähig gedacht und gestaltet. Sie ist die vertragsmäßige. Sie findet auf in großen Theilen Deutschlands erprobten Grundlagen, den Prinzipien der Publizität und Spezialität, deren strenge Durchführung die Einrichtung des öffentlichen Grundbuches in denkbar vollkommenster Weise sichert, nur an Grundstücken statt. Wie dem Grundbuche für das Eigenthum, Dienstbarkeiten 2c. hohe Bedeutung zukommt, so auch für die Hypothek. Nach dem Entwurfe ist neben dem Vertrage die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch conditio sine qua non ihrer Begründung. Aehnliches gilt von ihrer Uebertragung. Das Grundbuch umfaßt daher das französische Transskriptions- und Inskriptionsregister, aber darüber hinaus noch wesentlich mehr. Eine Eigenthümlichkeit des Grundbuches ist, daß der

öffentliche Glauben desselben sich auf die Forderung miterstreckt. Auch darum kann das französische Hypothekenregister, welches nur den Rang der Konventional- und Urtheilshypotheken unter sich nach der Reihenfolge ihrer Eintragungen bestimmt, kein vergleichbares Analogon zum Grundbuche bilden. Während der Mangel einer causae cognitio Seitens des Hypothekenbewahrers trotz der Vorschriften des Code civil hinsichtlich genauer Bezeichnung der Schuldner, wie die Erfahrung zeigt, häufig zu Verwechslungen und Unsicherheiten führt, begegnet dem die sachliche Mitwirkung der Grundbuchämter, wie sie der Entwurf vorsieht und beziehungsweise die Grundbuchordnung vorschreiben wird.

Da unbekannte, eintragfreie, beziehentlich nach längerer Zeit noch eintragbare Privilegien und Legalhypotheken, erstere öfter noch mit ebenso unbekannten Resolutionsrechten ausgestattet, wie der Code civil sie zugelassen, die Sicherheit der vertragsmäßigen Hypothek in Frage stellen und in nicht zu billigender Weise nicht minder legitime Interessen als die durch jene Vorrechte begünstigten benachtheiligen, überhaupt mit den Prinzipien der Publizität und Spezialität absolut unverträglich sind, so hat der Entwurf Privilegien und Legalhypotheken völlig beseitigt und die von ihnen betroffenen Fälle und Verhältnisse fast durchweg der Wachsamkeit der Privaten zu vertragsmäßiger Regelung überlassen. Hierdurch erweitert sich die Sphäre der vertragsmäßigen Hypothek künftig erheblich. Fragt man nach der Ursache, warum das französische Gesetz schlechthin solch' exorbitante Vorrechte für gewisse Forderungen zuließ, so wird sie hauptsächlich in Zweierlei zu erblicken sein. Einmal in der Abneigung des Gesetzes, auf den Rang einer Forderung Behörden Einfluß einzuräumen. „Es ist," wie die Motive des Entwurfes sagen, „die Grundanschauung des Code civil, daß der Privatrechtsverkehr sich unabhängig von jedweder causae cognitio der Behörde vollziehen müsse." Sodann in der Unterstellung besonderer Schutzbedürftigkeit, besonderer Wichtigkeit fraglicher Forderungen. Versuchen wir einen kurzen Ueberblick, ob diese Gründe gegenüber dem Aufbau des Entwurfes Berücksichtigung verdienen.

Anlangend die Privilegien, so kommen hauptsächlich jene des Verkäufers für den Immobiliarkaufpreis und der Miterben für die Theilungsherausgaben und die Garantie der Theilungen in Betracht. Was hindert beim Verkaufe den Vorbehalt des Rückfalls des Eigenthums für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises oder die gleichzeitige Errichtung einer Hypothek, welche, wenn Privilegien und

Legalhypotheken überhaupt wegfallen, den Verkäufer gerade so wie früher das Privileg schützt? Ebenso scheint Nachtheilen aus dem Wegfalle des Privilegs der Miterben die Handhabung der Entwurfsbestimmungen über Gemeinheitstheilungen, welche auf Erbtheilungen Anwendung finden, wirksam zu begegnen. Wenn künftig bei Theilungen wohl rigoroser die Einziehung oder Verwerthung von Ausständen auf Rechnung der Masse und thatsächliche Belieferung im Sinne des Entwurfes unter thunlichster Vermeidung von Herausgabsanweisungen angestrebt wird, so wäre das gerade kein Unglück, vielmehr wird die Quelle manchen Familienzwistes abgegraben. Welches Hinderniß sollte auch im Wege stehen, sich ergebenden Falles die Annahme von Herausgabsanweisungen von Hypothekbestellung oder sonstiger Sicherheit abhängig zu machen? Der Wegfall der Privilegien und beziehungsweise der Sonderung von Privilegien und Hypotheken erregt sohin keinerlei Bedenken.

Ueber vorhandene Resolutionsrechte klärt künftig das Grundbuch auf. Denn Rückfallsrechte sind von Amtswegen einzutragen, wenn unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins eine Liegenschaft aufgelassen ist. Die Bestimmung des Art. 1184 Code civil reproduzirt der Entwurf nicht.

Kommen wir zur Legalhypothek der Minderjährigen und der Ehefrauen. Insoweit ein Schutzbedürfniß dieser Personen besteht, so wäre zuvörderst nicht zu verkennen, daß bei der großen, in diesem Rechtsgebiete durch alle Stände und Schichten der Bevölkerung greifenden Zahl der Grundbesitzer — einer Frucht der bald hundert Jahre andauernden Parzellirung des Bodens — die Legalhypothek in viel zahlreicheren Fällen ein Objekt treffen und wirksamer würde, als anderwärts.

Während nun, was erstere anlangt, der Code civil unter starrer Eindämmung behördlichen Einflusses auf wenige wichtige Maßnahmen dem Vormunde in Bezug auf Vermögensverwaltung eine nahezu souveräne, durch das Fehlen wirksamer Vorschriften über jährliche Rechnungslegung namentlich ausgezeichnete Stellung giebt und hierdurch selbst einen Grund zur Vormundschaftshypothek geschaffen hat, zieht umgekehrt der Entwurf mit Vertrauen das Gericht zu ganz regelmäßiger Betheiligung an der Wahrung des Interesses der Minderjährigen heran. Der Entwurf unterstellt, abgesehen von der befreiten Vormundschaft, die Verwaltung des Vormundes jährlicher Rechnungslegung und materieller Prüfung und überhaupt scharfer Aufsicht und Be-

schränkung seitens des Vormundschaftsgerichtes, des Gegenvormundes und des Familienrathes, mindestens für die Regel. Für besondere Umstände sieht er (§ 1689) die Befugniß des Vormundschaftsgerichtes — undenkbar vom Standpunkte des Code civil — zur Anordnung der Leistung von Sicherheit durch den Vormund vor, welche dann nicht bloß auf Grundstücke beschränkt, sondern gegebenen Falls auf bewegliches Vermögen erstreckt werden kann. Gegen diese Bestimmungen, welche größeren Theils deutscher Gepflogenheit entsprechen, ist Triftiges nicht zu erinnern. Zur Zulassung aber einer generellen, d. i. alle gegenwärtigen und künftigen Grundstücke des Vormundes ergreifenden oder selbst nur auf einen Theil zu beschränkenden gesetzlichen Hypothek, welche den Realkredit des Vormundes schwer benachtheiligt, liegt sonach kein Grund vor; sie müßte das Ehrenamt des Vormundes zu einem überaus lästigen und so opfervollen gestalten, daß leicht die Neigung wachsen könnte, ihm auszuweichen.

Schwerer scheint Manchem die Zustimmung zur Beseitigung der eheweiblichen Legalhypothek zu fallen. Ohne Zweifel werden in der Ehe des Entwurfs wie des Code civil der überwiegende Einfluß des Mannes, die Geschäftsunkunde und natürliche Schwäche des Weibes letzteres zur Eingehung von Engagements für den Mann führen und verführen, welche ihm Verluste bringen. Ohne Zweifel wird die Auskunft, vertragsmäßige Sicherstellung des Heirathsgutes der Braut durch hypothekarische Belastung der Güter des Bräutigams vor der Ehe, zu welcher die Praxis zu greifen wohl versuchen wird, bei der Zartheit des Verhältnisses zwischen Verlobten nicht immer durchführbar oder Mangels Güterbesitzes des Bräutigams zu dieser Zeit gar nicht thunlich sein. Ohne Zweifel stößt die hypothekarische Sicherstellung während bestehender Ehe auf Bedenken, welche sich aus der Anfechtbarkeit gemäß des Reichsgesetzes vom 29. Juli 1879, die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens betreffend, oder der Konkursordnung herleiten. Doch wer sollte die Folgen des Handelns der Frau zu tragen haben? Schuldlose Dritte, welche durch das Bestehen der Ehe wohl von der Legalhypothek an sich benachrichtigt sind, aber die Ersatzansprüche der Ehefrau für verlorenes Ehebeibringen und eingegangene Mitverpflichtungen nicht kennen und sie auch bei der Befreiung der Legalhypothek vom Zwange der Eintragung nirgends ersehen können, welche aber trotzdem durch den vom Tage des Eheabschlusses an wirksamen Rang der eheweiblichen Ansprüche in ungiebige Stellen zurückgeschoben würden? Schließlich

wird hier wohl rechtlich gelten müssen, daß wie Jedermann auch die Frau für ihre Handlungen einzustehen hat. Der ritterliche Zug, welcher in der französischen Legalhypothek zu Gunsten der Frau liegt, ließ dieselbe gerade zum vorzugsweisen Opfer der nüchternen Geschäftspraxis fallen, welche im Geltungsgebiete des Code civil häufiger denn anderwärts die Mitunterschrift der Ehefrau resp. die Subrogation in ihre Legalhypothek fordert. Wahr ist bei Allem, daß die Frau durch die Legalhypothek nach vorausgehender Deckung der von ihr übernommenen Verpflichtungen des Oefteren noch Vermögenstrümmer rettet, welche der Familie bei fleißiger Arbeit eine kleine bescheidene Existenz gewähren, und die Legalhypothek so einen Beitrag zur Lösung der sozialen Frage bildet. Bei der Zwangshypothek unten werden wir einen Vorschlag erwähnen, welcher diesen Beitrag wohl ersetzen würde.

Kehren wir zur normalen Hypothek zurück. Die Begriffsbestimmung derselben (als einer derarten Grundstücksbelastung, daß „eine bestimmte Person berechtigt sei, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen“ § 1062) deckt sich im Wesentlichen mit der Definition Art. 2114 Abs. 1 Code civil und stellt insbesondere ihre accessorische Natur fest. Warum § 1075 nicht in § 1082 eingefügt wurde, wie die korrespondirenden Bestimmungen der Grundschuld in § 1135, ist unersichtlich. § 1067 erweitert dem Code civil gegenüber etwas den Umfang des Hypothekarrechtes. Die Uebertragung der Hypothekarforderung, welche sich wie schon erwähnt ähnlich wie ihre erste Begründung vollzieht, gestaltet sich schwerfälliger als die französische Cession oder Subrogation. Da der öffentliche Glauben des Grundbuchs die Forderung mitschützt, so ist zur Erhaltung von Einwendungen gegen dieselbe das Institut der Vormerkung (welche binnen kurzer Frist zu bethätigen ist) zugelassen z. B. wenn nach Eintragung der Hypothek im Grundbuche die Valuta nicht geleistet wird. Der Wegfall der Nothwendigkeit einer Erneuerung der Inskription vor Ablauf von 10 Jahren, welche in der mangelhaften Einrichtung der französischen Inskriptionsregister und in der Umständlichkeit und Kostspieligkeit des Löschungsverfahrens begründet ist, berührt angenehm. Ueberhaupt ist die Hypothek als dingliches Recht unverjährbar und hängt damit die Bestimmung des § 183 zusammen, daß die Verjährung eines durch Pfandrecht (sei es an Grundstücken sei es an beweglichen Sachen) gesicherten Anspruches den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem Pfande

zu verlangen. Die Verfolgung der Buchhypothek im Mahnverfahren und Urkundenprozesse soll das Einführungsgesetz gestatten.

Eine wesentliche Neuerung der accessorischen Hypothek, welche der Entwurf, vielfach römisches Recht reproduzirend, im Allgemeinen ähnlich wie der Code civil entwickelt, bildet die Eigenthümerhypothek. Sie besteht darin, daß, wenn der Gläubiger durch den Eigenthümer des belasteten Grundstücks und gleichzeitigen persönlichen Schuldner befriedigt wird, die Hypothek nicht erlischt, sondern auf Letzteren übertragen wird. Hier tritt die Hypothek in der That einen Augenblick aus dem Rahmen der accessorischen Hypothek und besteht, da die Forderung unwiderruflich erloschen ist, als eigenthümlicher Rumpf des früheren Verhältnisses fort. Minder Auffallendes hat das Verhältniß, das entsteht, wenn der Gläubiger vom Eigenthümer des belasteten Grundstücks befriedigt wird, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, — in welchem Falle der Entwurf die alte Forderung und die alte Hypothek fortbestehen läßt. Kraft der Eigenthümerhypothek kann der Berechtigte verlangen, daß für ihn eine dem Betrage der eingetragenen Forderung gleichkommende Summe aus dem belasteten Grundstücke und den mithaftenden Gegenständen bezw. etwaigen mitbelasteten Grundstücken Dritter, auf welche die Eigenthümerhypothek miterstreckt ist, beigetrieben werde. Der Sinn hiervon ist, daß der Eigenthümer die alte, ungelöschte, ihm zugeschriebene Hypothek als Sicherheit für eine neue Forderung verwenden und mit letzterer begeben darf, aus welchem Vorgange dem Berechtigten die erwähnte Befugniß erwächst. Die Motive bemerken, daß die Zulassung der Eigenthümerhypothek unleugbar die Billigkeit und die Gerechtigkeit für sich habe. „Die Gläubiger haben Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke nur in der Reihenfolge, in welcher ihre Hypotheken zur Eintragung gelangt sind. Fällt eine Hypothek weg, so gewinnt der Inhaber einer nachstehenden Post dadurch eine Verbesserung seiner Stellung, auf welche er vermöge seines dinglichen Rechtes nicht rechnen durfte." Die Eigenthümerhypothek soll verhindern, „daß den nachstehenden Berechtigten ein durchaus unberechtigter Vortheil aus der Vereinigung eines vorstehenden Rechtes mit dem Eigenthum erwachse" und dem Eigenthümer die Weiterungen und Kosten der Eintragung einer neuen Hypothek ersparen. Ist der Raum der alten, erloschenen Forderung, welche durch die Hypothek früher gesichert war, mit einer neuen Forderung wieder erfüllt worden, so tritt die Eigenthümerhypothek in den Rahmen der regelmäßigen accessorischen Hypothek

wieder zurück und erscheint darum ihre Entwicklung in vorwürfiger Abtheilung gerechtfertigt. So kunstvoll sie konstruirt ist, so nützlich wird sie evident dem Eigenthümer werden.

Da die Hypothek nicht verjährt und zu ihrer Löschung regelmäßig die Bewilligung des Berechtigten nöthig ist, so läßt der Entwurf sachgemäß ein Aufgebotsverfahren zu Gunsten des Eigenthümers zum Zwecke der Ausschließung unbekannter Gläubiger zu, wenn die Erlöschung der Forderung behauptet wird und seit der letzten auf die Hypothek bezüglichen Eintragung 30 Jahre verstrichen sind. Auf Grund des Ausschlußurtheils findet die Löschung der Hypothek statt.

Sachgemäß erscheint ferner das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Aufhebung der dem unbekannten Gläubiger einer Hypothek zustehenden Rechte, wenn die Forderung fällig ist oder vom Schuldner gekündigt werden kann. Auf Grund des Ausschlußurtheils findet nach Maßgabe des § 1094 Abs. 2 bis 4 der Uebertrag der Forderung mit Hypothek oder nur der Hypothek auf den Eigenthümer und die Beschränkung des Gläubigers hinsichtlich seiner Befriedigung auf den vom Eigenthümer hinterlegten Betrag statt. Unendlich komplizirter ist das Verfahren nach dem Code civil nämlich Realoffert in dem in der Inskription gewählten Domizile, wenn dies für zulässig erachtet werden sollte, Klage auf Gültigerklärung des Realofferts, Klage auf Streichung der Inskription. Würde das Realoffert für unzulässig erachtet, so stünde nach dem Code civil vorwürfig dem Eigenthümer gar kein Rechtsweg offen.

Auffälliger Weise sieht der Entwurf ein Hypothekenreinigungsverfahren zu Gunsten des Erwerbers des belasteten Grundstücks, ähnlich wie es Art. 2183 und flgd. des Code civil regeln, nicht vor. Letzteres verbindet bekanntlich im Wesentlichen den Erwerber, der hiervon Gebrauch macht, zu der Erklärung, daß er bereit sei, die hypothekarischen Schulden und Lasten auf der Stelle, jedoch nur bis zum Belaufe des Kaufpreises zu bezahlen, und schützt die Hypothekargläubiger vor Freihandsverkäufer doloser Natur durch die Zulassung eines Uebergebotes von einem Zehntel über den Kaufpreis. Findet das Uebergebot statt und ist es verbürgt, so muß der Erwerber die öffentliche Versteigerung des Grundstücks, eventuell den Zuschlag an den Meistbietenden sich gefallen lassen. Findet kein Uebergebot statt, so verbleibt es beim Preise des Erwerbers, durch dessen Zahlung an die Gläubiger (nach Maßgabe ihres Ranges) oder aber Hinterlegung das Grundstück von allen Privilegien und Hypotheken befreit wird.

Das Verfahren bietet einen gangbaren Mittelweg zwischen der Zwangsversteigerung und der Schwierigkeit, die Einwilligung aller Hypothekargläubiger zur Vornahme eines gütlichen Verkaufes zu erhalten, einen Weg, auf welchem redliche Verkäufe schließlich sich zu behaupten pflegen. Seine Zulassung hebt die Verkehrsfähigkeit auch belasteter Grundstücke, erscheint volkswirthschaftlich nützlich und wohl ausführbar in Bezug auf Grundstücke, welche nur mit Buchhypotheken belastet sind, deren Inhaber im Grundbuche zu ersehen sind.

Die vorstehend skizzirte normale Hypothek des Entwurfs ragt in Bezug auf Verkehrsfähigkeit über die vertragsmäßige Hypothek des Code civil, welche sich häufig als Sicherungshypothek im Sinne des Entwurfs darstellt, ganz beträchtlich hinaus. Schon sie will und wird etwas anderes sein als jene. Die folgenden Abtheilungen des I. Titels, sowie der II. Titel entwickeln nun weitere pfandrechtliche Gebilde und in ihnen einen großen, theilweise im Geltungsgebiete des Code civil ganz ungekannten Reichthum an Formen zur Befriedigung des Realkredites.

II.

Vereinbaren die Kontrahenten einer normalen Hypothek, daß über dieselbe vom Grundbuchamte ein Hypothekenbrief zu ertheilen ist, so liegt eine Hypothek mit Hypothekenbrief, Briefhypothek, vor. Diese Form bezweckt eine Steigerung der Verkehrsfähigkeit der normalen Hypothek. Hier erfolgt die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers auf dem Hypothekenbriefe und ersetzt dieser die Stelle des öffentlichen Grundbuches. Aus letzterem Grunde müssen die Abtretungserklärungen gerichtlich oder notariell beglaubigt sein. Zur Geltendmachung der Briefhypothek wird nur erfordert, daß der Gläubiger im Besitze des Hypothekenbriefes ist und von ihm eine zusammenhängende Reihe von Abtretungserklärungen oder Ueberweisungsbeschlüssen auf den im Grundbuche eingetragenen Gläubiger zurückführt.

Vermöge dieser Förmlichkeiten erscheint die Begebung der Briefhypothek gegenüber der französischen Cession erleichtert, gegenüber der französischen Subrogation umständlicher. Die Leichtigkeit der Cirkulation wie beim Wechsel mochte vorschweben, ist aber natürlich noch weniger erreicht.

Sollte, wenn der Schuldner bei Errichtung der Hypothek sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft und die Forderung

gekündigt und fällig geworden ist, dem Grundbuchamte nicht die Befugniß einzuräumen sein, auf dem Hypothekenbriefe resp. wenn eine Buchhypothek in Frage steht, auf einer Ausfertigung der letzteren die Zwangsvollstreckungsklausel zu ertheilen? An Brauchbarkeit für den Verkehr würden wohl beide Formen nur gewinnen. Der Entwurf sieht im Uebrigen die Fähigkeit der Umwandlung der Buchhypothek in eine Briefhypothek und umgekehrt durch Vertrag vor; das Detail der Vorschriften beider Formen ist entsprechend in enge Beziehung zu einander gesetzt.

III.

Im Gegensatze zu den bisherigen beiden Formen bezweckt die Sicherungshypothek (3. Abtheilung des I. Titels) blos Sicherung der Erfüllung der Forderung. Nicht selten fordern die Ursache der Begründung, ausdrückliche oder stillschweigende Abmachung oder sonstige Rücksichten diese enge Begrenzung, den Ausschluß des Gelangens der Hypothek in den Verkehr: so Kautionen der Beamten, welche nur die aus ihrer Amtsführung entstehenden Forderungen, Kredithypotheken, welche nur die dem Kreditgeber bei der Beendigung des Verhältnisses zustehenden Forderungen sichern sollen. So waltet auch bei den französischen Legalhypotheken der Mündel und Ehefrauen, den Urtheilshypotheken keine Rücksicht einer Begebung im Verkehre ob. Der öffentliche Glauben des Grundbuchs ist darum im Entwurfe auch nicht auf die Forderung der Sicherungshypothek erstreckt, vielmehr sind dem Eigenthümer die Einwendungen gegen dieselbe in vollem Umfange erhalten. Auch braucht der Betrag der Forderung kein festbestimmter zu sein, sondern kann geschätzt und späterer Feststellung vorbehalten werden. Einer Unklarheit der Einsichtnehmer des Grundbuchs über die Beschaffenheit dieser Hypothek soll die Vorschrift vorbeugen, daß bei der Eintragung der Sicherungshypothek in das Grundbuch dieselbe als solche zu bezeichnen ist.

Eine Unterart der Sicherungshypothek und der Urtheilshypothek ähnlich ist die Zwangshypothek. Zulässig auf Grund einer vollstreckbaren Geldforderung, wird sie ohne Zuziehung des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragen. Sie entspringt demnach nicht schon unmittelbar aus dem Urtheile an sich, wie die französische Urtheilshypothek, anderseits aber aus jeder Gattung vollstreckbarer Titel. Im Gegensatze zur Inskription der generellen Urtheilshypothek hat die Eintragung der Zwangshypothek vermöge des Spezialitäts-

prinzipes die Grundstücke einzeln zu bezeichnen. Bei übermäßiger Sicherheit kann diese Eintragung zu Gunsten des Schuldners auf ein Maß beschränkt werden, welches eine Sicherheit, wie sie für Mündelgelder Platz greift, übrig läßt.

Sachgemäß schließt der Entwurf an die Zwangshypothek die Arresthypothek, ebenfalls eine Unterart der Sicherungshypothek. Grundlage derselben ist ein in die Grundstücke des Schuldners vollstreckbarer Arrestbefehl.

Gegenüber der Zwangs- und Arresthypothek entsteht die Frage, ob nicht eine gewisse Grundfläche von ihnen befreit und unveräußerlich, eine Heimstätte, ein sicheres Asyl des Schuldners bleiben sollte. Ohne Frage nur eine Fläche, bemessen in den Grenzen des Unentbehrlichsten, wie gegenüber der Pfändung beweglicher Gegenstände und Werthe unüberschreitbare ähnliche Schranken zum Schutze des Schuldners in §§ 715 und 749 der Reichscivilprozeßordnung aufgerichtet sind! Die in § 715 Abs. 5 Code civil aufgerichteten Schranken sind sogar in Wirklichkeit nicht unüberschreitbar, insolange sie nicht durch eine solche Bestimmung ergänzt werden. Denn das Verbot, daß bei Personen, welche Landwirthschaft betreiben, das zum Wirthschaftsbetriebe unentbehrliche Geräth, Vieh- und Feldinventarium nebst dem nöthigen Dünger, sowie die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind, der Pfändung nicht unterworfen sind, wird für den Grundeigenthümer evident werthlos und besagte Gegenstände werden dem pfändenden Gläubiger sofort erreichbar, wenn derselbe die Immobiliarbeschlagnahme (auf Grund des nämlichen vollstreckbaren Titels) beantragt und diese alle Immobilien des Schuldners trifft. Oder soll die Wohlthat des § 715 Abs. 5 Code civil ernstlich nur Pächtern zukommen?

Der Nachtheil einer solchen Bestimmung besteht nur in der der Größe der befreiten Grundfläche entsprechenden Kreditminderung des Eigenthümers. Ihre Vorzüge, die darin bestehen, daß dieselbe den Schuldner und seine Familie vor dem Verkommen schützt, die Armenpflege entlastet, eine intensive Bewirthschaftung des Bodens begünstigt, die Liebe zur Heimath und Scholle kräftigt, der Auswanderung steuert, würden jenen Nachtheil wohl aufwiegen und möchte der nicht neue Gedanke darum ernstester Erwägung werth sein. Gegenüber dem riesenhaften Anschwellen großer Städte, in welche die dermalige Zeitrichtung Leute vom Lande so zahlreich entführt, trüge eine solche

Bestimmung zur Erhaltung des dem Lande nothwendigen Arbeiterstandes bei und würde sie eine gleichmäßigere Vertheilung der Bevölkerung begünstigen. Endlich böte sie für die Legalhypothek der Ehefrauen im Geltungsgebiete des Code civil eine gesunde und bessere Auskunft.

Selbstverständlich dürfte eine solche Bestimmung die Wirksamkeit vertragsmäßiger Hypotheken nicht beschränken. Denn wer freiwillig Liegenschaften zur Hypothek gestellt hat, hätte auf den Anspruch auf Unveräußerlichkeit irgend einer derselben natürlich verzichtet.

Die Größe der befreiten Fläche würde wohl nach der Gegend abzustufen und die Zahl der Ar in Skalen gesetzlich genau zu bestimmen sein, da die Wichtigkeit der in Frage kommenden Interessen ein schwankendes richterliches Ermessen nicht vertrüge. Eintretenden Falles möchte die Aufnahme des Grundsatzes an sich in den Entwurf genügen; das Detail möchte in das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen gehören.

IV.

Eine außerordentliche Neuerung gegenüber dem Code civil bildet die Grundschuld (Gegenstand des II. Titels). Sie ist das aus dem Eigenthume an eine bestimmte Person abgetretene Recht auf Zwangsbeitreibung einer bestimmten Summe aus dem belasteten Grundstücke. Weil sie keine Forderung mehr zur Voraussetzung hat und jeder Beziehung zu einem persönlichen Schuldner entbehrt, sondern ausschließlich auf dem Grundstücke haftet, führt sie den Namen Grundschuld. Sie hat sich aus dem Hypothekarrechte herausgebildet und ist gewissermaßen eine selbständig gewordene Hypothek. Sie entsteht nur rechtsgeschäftlich. Aehnlich wie bei der Briefhypothek ist hier ein Grundschuldbrief zu bilden und kommen die Vorschriften der Briefhypothek zu entsprechender Anwendung.

Die Formen der Grundschuld und der Briefhypothek kommen dem Kreditbedürfnisse des Großgrundbesitzes entgegen. Grundschuldbrief und Hypothekenbrief cirkuliren leichter und können dadurch, woran dem Großgrundbesitze selbstverständlich gelegen sein muß, in größere Kreise des Publikums dringen. Anlangend das Verhältniß beider Institute zu einander, so scheint nach den bisherigen Beobachtungen in den deutschen Gebieten, wo sie in Anwendung, die fehlende persönliche Haftung des Grundschuldbestellers immerhin als ein Mangel, die bei der Hypothek stattfindende persönliche Haftung des Schuldners dagegen als ein Vorzug angesehen zu werden; selbst-

verständlich bildet in den Augen des Großgrundbesitzes ersterer Umstand einen Vorzug. Im rheinisch-französischen Rechtsgebiete, wo der kleine Grundbesitz überwiegt, wird wohl mehr die Form der Buchhypothek benutzt werden.

Zum Schlusse unserer Bemerkungen über Hypothek und Grundschuld sei konstatirt, daß das Nutzpfand an Grundstücken (das antichretische Pfandrecht des Code civil) im Entwurfe völlig beseitigt ist. In den Rheinlanden ist es allerdings kaum mehr im Gebrauche. Der Schließung eines Vertrages übrigens, wonach der Gläubiger ein Grundstück bewirthschaftet, um sich aus dessen Nutzungen bezahlt zu machen, steht auch in Zukunft kein Hinderniß im Wege; nur wäre dieser Vertrag nicht mehr pfandrechtlich, sondern nur obligatorisch wirksam.

V.

Das Faustpfandrecht an beweglichen Sachen definirt der Entwurf wesentlich übereinstimmend mit dem Code civil. Insbesondere stellt er strenge das Erforderniß der Uebergabe an und der Inhabung des Pfandes durch den Gläubiger auf. Jedoch läßt er das Faustpfandrecht nicht verloren gehen, wenn das Pfand unterm Mitverschlusse des Verpfänders bleibt oder ein Dritter es für den Pfandgläubiger und den Eigenthümer inne hat. Die gleiche Milderung des Besitzerfordernisses hat schon die rheinisch-französische Praxis zugelassen und konnten erst daraufhin jene Banken entstehen, welche auf Grund von Hypothekurkunden und dergleichen Werthpapieren Pfandbriefe emittiren. Der Fortbestand solcher Banken ist hiermit durch den Entwurf gesichert; auch fortan besitzt im Namen der Pfandbriefinhaber der für sie bestellte Treuhänder die als Pfand dienenden, unter seinem Mitverschlusse befindlichen Werthtitel und wahrt er ihr Faustpfandrecht hieran.

Es wirft sich die Frage auf, ob das Erforderniß der Uebergabe und Inhabung des Pfandes nicht noch weiter gemildert werden könnte. Reformvorschläge in Frankreich verlangen im Interesse der Landwirthschaft und des Gewerbes die Möglichkeit eines Faustpfandes an der hängenden Ernte, zu schlagenden Hölzern, zu brechenden Steinen, Vieh rc., obwohl diese Objekte nicht aus dem Besitze des Eigenthümers kommen, für hierauf aufzunehmende Gelder. Bedenkt man, daß in Deutschland nach neueren Angaben 5¼ Millionen Landwirthe, Pächter eingerechnet, vorhanden und an dieser Erweiterung des Faustpfand-

rechtes große und kleine Eigenthümer gleichmäßig interessirt sind, so springt die Wichtigkeit der Frage in die Augen. Die Vorschläge in Frankreich fordern die Ausdehnung des dortigen Kolonialbankgesetzes vom 11. Juli 1851, welches Faustpfandbestellungen an hängenden Ernten zuläßt und bei den Enregistrementsbehörden Register einrichtete, in welche die Akten über solche Faustpfandbestellungen zur Kenntniß Dritter, sowie etwaige Erklärungen und Widersprüche von Interessenten einzutragen sind, resp. die Ausdehnung des in diesen Bestimmungen niedergelegten Prinzipes auf das Mutterland. S. Batbie „revision du Code Napoléon" (zwei am 23. und 30. Dezember 1865 in der academie des sciences morales et politiques in Paris gehaltene Vorträge) 1866. Nach den Motiven des Entwurfs Band 3 S. 799 scheint auch in Zürich eine Verpfändung der Früchte durch Eintragung in das öffentliche Pfandbuch zuläßig zu sein. Welche Gründe sollten der Einrichtung ähnlicher Register behufs Ermöglichung von derlei Faustpfandbestellungen in Deutschland entgegenstehen —, woselbst diesbezüglich die Grundbuchämter die geeignetsten Behörden sein möchten?

Eine Verpfändung der stehenden Ernte würde nach den Motiven des Entwurfs zwar möglich sein, aber nur so, daß diese Erzeugnisse in und mit den betreffenden Grundstücken selbst tradirt werden, die Tradition sich jedoch erst mit der Trennung der Früchte vollendet, welche während der Dauer der Inhabung des Empfängers stattfindet. Welch' abschreckende Schwerfälligkeit eines Verpfändungsmodus! Ihm gegenüber vermöchte nicht einzuleuchten, warum der Entwurf die Antichrese an Grundstücken verwarf, welche nicht umständlicher ist und sogar direkter zur Befriedigung des Pfandgläubigers führt. Würde es nicht unvergleichlich einfacher sein, der Bestimmung in § 714 R. C. P. O., welche die Pfändung noch ungetrennter Früchte einen Monat vor der Reife gestattet, prinzipielle Bedeutung, welche ihr die Motive des Entwurfs versagen, zuzugestehen und die antizipirte Selbstständigkeit der mit der fruchttragenden Sache verbundenen Früchte von bemerktem Zeitpunkte an sowie ihre Verpfändbarkeit von der nämlichen Zeit an anzuerkennen. Nach der Erfahrung ist das Geldbedürfniß der Landwirthe kurz vor der Ernte (Getreideernte, Weinlese rc.) am größten. Unmöglich erscheint es nicht, den, welcher als Faustpfandgläubiger solcher Früchte oder anderer beweglicher Gegenstände in desfallsige Register eingetragen ist, als Inhaber der Pfänder anzuerkennen. Findet eine ähnliche Fiktion

doch hinsichtlich des Pfandrechtes an Schiffen, deren Inhabung der Natur der Sache nach dem verpfändenden Schiffer verbleibt, schon zu Gunsten des Pfandgläubigers im Entwurfe statt! Ist die Belassung gepfändeter Gegenstände im Gewahrsam des Schuldners nach § 712 R. C. P. O. doch auch der Besitznahme des Gerichtsvollziehers unschädlich!

Die aus dieser Ansicht fließenden, hauptsächlichen Vorschläge finden sich unten. Auf weitere Modifikationen des Textes des Entwurfes, die nothwendig würden, hier einzugehen, würde zu weit führen.

VI.

Konform der Reichscivilprozeßordnung (§ 754) zählt der Entwurf (§ 1206) die Fälle des Pfandrechtes an Rechten nicht einzeln auf; er begnügt sich, dasselbe prinzipiell zuzulassen. Er erklärt bei der Verwandtschaft der Materien des Faustpfandrechtes und des Pfandrechtes an Rechten die Vorschriften des ersteren auf das letztere für entsprechend anwendbar. Hierbei verhehlt er nicht, daß dem Gläubiger des Pfandrechtes an Rechten jede Inhabung und Verwahrung des Pfandgegenstandes fehle und darum eine Reihe von Bestimmungen über das Faustpfandrecht unanwendbar werde.

Es ist dieß natürlich, da Gegenstand des Rechtspfandrechtes ein unkörperliches Recht ist. In den klaren Besitz des letzteren den Gläubiger zu setzen, ist eine Hauptaufgabe der Gestaltung dieser Materie. Wenn § 1211 für die Verpfändung einer Forderung außer dem Pfandvertrage das Erforderniß vorschreibt, daß die Verpfändung derselben vom Verpfänder dem Schuldner der Forderung anzuzeigen sei, womit die Inhabung des Rechtes für den Pfandgläubiger vollendet wird, so ist hiedurch eine klare Thatsache des Besitzüberganges auf letzteren vorgesehen. Eintretenden Falles vermögen dritte Interessenten vom Forderungsschuldner nöthige Kenntniß zu erlangen.

Für die rechtsgeschäftliche Verpfändung anderer Rechte als Forderungen schreibt dagegen § 1212 des Entwurfs nur Schließung des Pfandvertrages in gerichtlicher oder notarieller Form vor. Die in diesem Erfordernisse liegende Cautel soll und kann nicht verkannt werden. Immerhin vollendet sich aber hier die Inhabung des unkörperlichen Rechtes für den Pfandgläubiger durch die bloße Abgabe der Erklärungen der Vertragskontrahenten, welche nicht nach außen dringt, nach außen unerkennbar ist. Darunter leidet unläugbar die

Rechtssicherheit. Der Entwurf ist damit wesentlich auf dem Standpunkte stehen geblieben, auf welchem die Civilprozeßordnung hinsichtlich der Zwangsvollstreckung in Vermögungsrechte, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und bei welchen Drittschuldner nicht vorhanden sind, steht § 754 Abs. 2. Häuptsächliche Fälle letzterer Art sind die Pfändungen von Erb- und Gemeinschaftsantheilsrechten: mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses blos an den Inhaber des Antheilsrechtes ist die Pfändung bewirkt. Der Mißstand, den die Unersichtlichkeit solcher Pfändungen bietet, ist groß; er veranlaßt nicht selten eine Häufung von 4, 5 Pfändungen des nämlichen Rechtes, deren Requirenten nichts von einander wissen. Man mag dies nun für ein Ungemach erklären, welches der Trieb nach Befriedigung in Zwangsvollstreckungen mit sich bringt. Die nämlichen Rechte und andere können aber auch Gegenstand rechtsgeschäftlicher Verpfändung sein und hier sollten doch, sei es, daß rechtsgeschäftliche Verpfändungen unter einander, sei es, daß rechtsgeschäftliche Verpfändungen mit Vollstreckungspfandrechten zusammentreffen, Einrichtungen bestehen, welche Verpfändungen von Rechten nach außen erkennbar machen und einer kollidirenden Häufung von Rechtspfandrechten am nämlichen Objekte vorbeugen.

Eine solche Einrichtung scheint uns das schon erwähnte öffentliche Register zu sein. Dasselbe scheint das einheitliche Band für die gleichförmigere Regelung des Faustpfandrechtes und des Rechtspfandrechtes darzubieten. Kraft des § 1206 würde eine Bestimmung im Sinne des unten vorgeschlagenen Zusatzes zu § 1147 sofort auf das Rechtspfandrecht anwendbar. Noch sonstige Textmodifikationen würden nöthig, auf welche auch hier nicht eingegangen werden kann.

Die Institution des öffentlichen Registers würde auch in Konkursen die Gläubigerschaft gegen heimliche und fingirte Pfandrechte sichern. Eine Bedeutung, wie das Grundbuch für Rechte an Grundstücken, würde sie natürlich niemals haben; immerhin erscheint sie aber als ein fruchtbarer, der Verwendung im Gesetze werther Gedanke.

Beim Rückblicke auf die Gesammtbehandlung, welche die hier kurz berührten Materien im Entwurfe gefunden, kann nicht geleugnet werden, daß gerade in ihnen ein großer, eminenter Fortschritt gegenüber dem Code civil sich kund giebt, von welchem glückliche Folgen für die Rheinlande zu erhoffen sind. Es ist in diesen Theilen ein durchdringender Geist thätig gewesen, welcher, ausgerüstet mit einer um-

fassenden Kenntniß des bestehenden Rechtes und von modernen Reformanschauungen gesättigt, ein hervorragendes Werk geschaffen hat, das an Leichtigkeit und Kürze der Diktion dem Code civil nachstehen mag, ihn aber an Gediegenheit und Reichthum der Gedanken erheblich übertrifft.

Die berührten Vorschläge gehen dahin: im vorwürfigen Abschnitte

I. im ersten Titel in Bezug auf Grundstücke, welche nur mit Buchhypotheken belastet sind, ein Hypothekenreinigungsverfahren ähnlich dem im Code civil geregelten vorzusehen;

II. im gleichen Titel das Grundeigenthum des Schuldners bis zu gesetzlich zu bestimmender Größe, sofern dieses nicht vertragsmäßig zur Hypothek gestellt und die Vollstreckung dieser Hypothek nicht in Frage ist, von der Zwangvollstreckung in unbewegliches Vermögen für befreit zu erklären;

III. im dritten Titel folgenden Paragraphen einzuschalten:

In Ansehung der Verpfändung werden hängende Früchte im letzten Monate vor der Reife, schlagbare Hölzer beweglichen Sachen gleichgeachtet.

vor dem letzten Satze des Abs. 3 § 1147 folgenden Satz einzuschalten:

Der Inhabung durch den Gläubiger steht gleich, wenn der Pfandvertrag bestimmt, daß der Eigenthümer für den Gläubiger innehabe, und dieser Vertrag in das beim Grundbuchamte zu führende Register eingetragen ist.

und dem letzten Satze loco citato folgende Fassung zu geben:

Die Bestellung des Pfandrechtes ist unwirksam, wenn anderweit vereinbart ist, daß der Verpfänder das Pfand in der Inhabung behalten soll;

in § 1189 nach dem ersten Satze einzuschalten:

War jedoch der Pfandvertrag im Register des Grundbuchamtes eingetragen, so erlischt das Pfandrecht nur durch Löschung seitens des Pfandgläubigers;

und dem letzten Satze loco citato folgende Fassung zu geben:

Der Verzicht, die Löschung und die Einwilligung sind unwiderruflich.

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Von Rechtsanwalt Dr. **Wernick** in Eisenach.

Die gesetzliche Regelung des Pfandrechts an beweglichen Sachen und an Rechten, welche der Entwurf in den §§ 1145—1226 bietet, entspricht in seinen grundlegenden Bestimmungen sowie in seinen Einzelvorschriften, in welchen die sich aus den ersteren ergebenden Rechtsverhältnisse geordnet werden, im Allgemeinen mit den in dem Folgenden zu erörternden Vorbehalten durchaus den Anforderungen, welche bei den Bedürfnissen des heutigen Verkehrslebens und nach dem Stande der verschiedenartigen einzelstaatlichen Gesetzgebungen an eine solche einheitliche reichsgesetzliche Neuordnung gestellt werden müssen. Die Aufgabe des Gesetzgebers auf dem Gebiete des Faustpfandrechts und des Pfandrechts an Rechten läßt sich kurz wohl als dahin gehend zusammenfassen, den Kredit durch die Möglichkeit einer Verpfändung von beweglichen Sachen und Rechten bei thunlichster Sicherung des Gläubigers zu erleichtern, ohne dadurch doch die Sicherheit des Verkehrs im Allgemeinen zu gefährden. Unter diesem Gesichtspunkt einer Prüfung unterzogen, stellt sich der Entwurf seiner Aufgabe im Allgemeinen gerecht geworden, jedenfalls in seinen grundlegenden deutlich hervortretenden Bestimmungen dar. In dem Folgenden sind lediglich die Bestimmungen hervorgehoben, bei denen unter diesem selben Gesichtspunkt theils mehr theils minder wichtige Vorbehalte zu machen waren. Mit allen anderen Bestimmungen konnte man sich durchaus einverstanden erklären, ohne daß es geboten erschien, den erschöpfenden Motiven noch ein Wort hinzuzusetzen.

Zu § 1147. Zu den grundlegenden Bestimmungen gehört vor Allem auch die in § 1147 geordnete, daß zur rechtsgeschäftlichen Begründung des Faustpfandrechts die Einräumung der Inhabung

des Pfandes durch den Eigenthümer und die Ergreifung dieser Inhabung durch den Gläubiger gehört. Das gemeinrechtliche bloße Vertragspfandrecht ist damit — von der Verpfändung von Schiffen, bei denen eine Ausnahme bestimmt ist, § 1196, abgesehen — beseitigt. Für die Sicherung des Gläubigers ist es durchaus nothwendig, daß derselbe grundsätzlich die Inhabung des Pfandes, weil einer beweglichen Sache, haben und dieselbe entweder selbst oder durch einen Dritten als seinen Vertreter ausüben muß. Mit Recht sagen die Motive, daß heute die Aufstellung dieses Grundsatzes einer weiteren Rechtfertigung nicht mehr bedürfe. Die so erforderliche Einräumung und Ergreifung der Inhabung des Pfandes ist die Uebergabe, wie sie nach § 803 ff. den Erwerb des Besitzes vermittelt und nach § 874 ff. zum Eigenthumserwerb beweglicher Sachen durch rechtsgeschäftliche Uebertragung erforderlich ist. Folgerichtig würde daher wie zum Besitz- und Eigenthumserwerb nach § 805 so auch zur Begründung des Faustpfandrechts die Uebergabe mittelst des sogenannten constitutum possessorium genügen müssen. Denn wenn jeder beliebige Dritte gültig die Inhabung des Pfandes für den Pfandgläubiger ausüben darf, so müßte folgerichtig auch der Eigenthümer des Pfandes selbst in Vertretung des Pfandgläubigers für diesen die Inhabung ausüben können. Allein während die Vorschriften der §§ 803, 804 entsprechende Anwendung finden sollen, ist § 805 nicht mit angezogen, ja zur Beseitigung jeden Zweifels ist ausdrücklich bestimmt, daß die Bestellung des Pfandrechts geradezu unwirksam sein soll, wenn vereinbart worden, daß der Verpfänder das Pfand in der Inhabung behalten darf. Es ist mithin die Uebergabe mittelst constitutum possessorium ausdrücklich ausgeschlossen. Ganz folgerichtig ist hiernach weiter in § 1191 geordnet, daß durch Rückgabe des Pfandes Seitens des Pfandgläubigers an den Eigenthümer das Pfandrecht erlischt und daß bei jedem Pfand, welches wieder in die Inhabung des Eigenthümers gekommen ist, vermuthet wird, daß es dem Eigenthümer von dem Pfandgläubiger zurückgegeben worden, das Pfandrecht mithin erloschen sei.

Bei dieser Beschränkung der Uebergabemöglichkeit ist der erste und erheblichste Vorbehalt zu machen. Sie ist zweifellos von der größten praktischen Tragweite, denn sie beschränkt die Anwendung des Faustpfandes auf ein so enges Gebiet, daß der Nutzen desselben weiteren Kreisen vollständig verloren geht. Sie würde sich deshalb nur durch die schwerwiegendsten Gründe rechtfertigen lassen. Die

Motive geben unter Berufung auf die Bestimmungen in § 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung und des § 40 der letzteren selbst sowie auf eine Reihe einzelstaatlicher Gesetze drei Gründe an, welche die Ausschließung des constitutum possessorium rechtfertigen sollen, nämlich

1. bei dem Verbleiben des Pfandes in der Inhabung des Verpfänders trete das dem Rechtsverhältnisse entsprechende thatsächliche Verhältniß äußerlich nicht deutlich hervor,
2. entstehe die Gefahr, das mit Hülfe des constitutum possessorium geheime, die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigende Pfandrechte geschaffen würden,
3. fehle der strafrechtliche Schutz gegen etwaige Unterschlagung des Inhabers der eigenen verpfändeten Sache.

Diese Gründe können für die schlechthinnige Ausschließung der Pfandübergabe mittelst constitutum nicht als genügend anerkannt werden. Denn was zunächst die Berufung auf die entsprechende konkursrechtliche Bestimmung anlangt, so war letztere im Interesse einer einheitlichen Regelung des Absonderungsrechts bei dem Stande der Gesetzgebung der Einzelstaaten durchaus geboten. Bei der reichsgesetzlichen Neuordnung des Pfandrechts selbst aber fragt es sich, ob die Gründe gegen das constitutum in der That so schwer wiegen, daß sich mit den bisher geltenden verschiedenen einzelstaatlichen Pfandgesetzen die bleibende Ausschließung rechtfertigt oder ob nicht vielmehr heute gewichtigere Gründe die Einführung desselben wünschenswerth erscheinen lassen und ob nicht die Bedenken gegen dasselbe durch anderweite gesetzliche Bestimmungen beseitigt werden können.

Von den erwähnten drei in den Motiven angegebenen Gründen sind die unter 1 und 3 sicherlich am wenigsten stichhaltig. Denn so richtig das unter 1 Gesagte thatsächlich ja ist, so wenig kann dieser nur äußerliche Fehler, soweit er nicht mit dem zweiten Grund zusammenhängt, in Betracht kommen. Der dritte Grund aber kann durch Gewähr eines strafrechtlichen Schutzes sofort beseitigt werden. Bleibt sonach der zweite Grund allein übrig. Daß derselbe in hohem Grad Beachtung verdient, ist gewiß nicht zu verkennen. Es ist jener, welcher mit zweifelloser Berechtigung stets und vor Allem gegen das constitutum vorgebracht wird. Von Suarez an zur Begründung der entsprechenden Bestimmung im Allgemeinen Preußischen Landrecht bis auf die neuern Juristentage (Verhandlungen des XV. Juristentages) hat man damit die Ausschließung des constitutum gerechtfertigt

Da es Aufgabe des Gesetzgebers ist, das Pfandrecht so zu gestalten, daß durch dasselbe die Sicherheit des Verkehrs im Allgemeinen nicht gefährdet wird, könnte man sich mit diesem Grunde bei dem Ausschluß des constitutum einfach beruhigen, wenn nicht noch dringender das wirthschaftliche Bedürfniß für Zulassung des constitutum spräche und wenn sich nicht die Möglichkeit böte, durch weitere gesetzliche Bestimmungen die Gefahr für die Sicherheit des Verkehrs zu beseitigen.

Welche Bedeutung der Kredit in dem heutigen wirthschaftlichen Leben hat und zumal der Kredit, welcher sich auf bestimmte, Sicherheit bietende Unterlagen gründen läßt, bedarf keiner Ausführung. Das Faustpfand ist anerkanntermaßen für den Kredit eine solche Unterlage.

Es ist nun aber ohne Weiteres klar, daß, wenn der Eigenthümer und Verpfänder den verpfändeten Gegenstand unter keinen Umständen in seiner Inhabung haben oder behalten darf, die Anwendung des Faustpfands die erheblichste Einschränkung erfährt, und daß das Faustpfand, abgesehen von den gewerbemäßigen Pfandanstalten und Pfandgeschäften, sowie von der Verpfändung von Werthpapieren, nur ganz ausnahmsweise Anwendung finden wird. Nur im kleinsten Verkehr und an solchen Gegenständen wird ein Faustpfandrecht begründet werden, welche sich leicht und ohne Gefahr verwahren lassen, denn welcher Gläubiger hat nur die Möglichkeit, Pfänder in größerem Umfang in Verwahrung zu nehmen, oder die Lust, die Verantwortung der Verwahrungspflicht (§ 1156) zu übernehmen? Und andererseits, wie wenig Schuldner sind in der Lage oder Willens, aus ihrem Gewahrsam Vermögenstheile, welche an sich ganz geeignete Grundlage für den Kredit bilden, schon bei der Verpfändung herauszugeben? Man sehe sich nur einmal genauer die wirthschaftlichen Kreise an, welche recht wohl den Anspruch erheben können, daß durch eine auch für sie Anwendung findende Ausgestaltung des Pfandrechts auch ihnen der Mobiliarkredit eröffnet wird. Landwirthe mit werthvollem lebenden und todten Inventar, deren Immobiliarkredit erschöpft ist, oder welche auf fremdem Grundbesitz als Pächter wirthschaften, Fabrikanten mit Rohstoffen, Fabrikaten oder beweglichen Maschinen, Gewerbetreibende und Handwerker mit den verschiedenen Vermögensgegenständen ihres Geschäfts sind schlechterdings nicht in der Lage, diese einzelnen angedeuteten Werthe sich für ihren Kredit nutzbar machen zu können, wenn sie gezwungen sind, schon bei der bloßen Verpfändung dieselben aus ihrem Gewahrsam herauszugeben, weil sie entweder die zu verpfändenden Gegenstände in ihrem Geschäft und Gewerbe nicht ent-

behren können oder der Gläubiger sie nicht in seinen Gewahrsam nehmen kann oder will. Auch der Einwand, daß solche Werthe zur Unterlage eines Kredits nicht geeignet sein, daß sie lediglich den persönlichen Kredit, welcher genüge und um so kräftiger ohne solchen Mobiliarkredit sich erweisen werde, verstärkten, hält gegenüber den Erfahrungen des wirthschaftlichen Lebens nicht Stand.

Zweifellos kann für einen dauernden Kredit lediglich der Grundbesitz eine geeignete Unterlage bieten, allein beim Faustpfand kann es sich ja überhaupt bei der regelmäßigen Vergänglichkeit der zu verpfändenden beweglichen Gegenstände meist nur um eine kürzere Sicherung handeln und bei dem persönlichen Kredit will sich eben nicht Jedermann beruhigen oder aber er läßt sich sehr zum Nachtheil des Schuldners den Mangel der sachlichen Sicherheit durch den höheren Zinsfuß bezahlen. Für solche vorübergehende Sicherheitsleistungen, insbesondere im Falle der Noth, sind solche Gegenstände, welche ohne die Möglichkeit einer Uebergabe mittels constitutum von der Verpfändung geradezu ausgeschlossen sind, sehr werthvolle Unterlagen für einen Kredit, der sonst nicht gegeben würde und werden vielfach die einzigen Hülfsmittel sein, schwankende Existenzen zu halten. Es kann auf die insoweit durchaus zutreffenden Ausführungen von Leonhard in Gruchot Beitr. XXV 1881 S. 177 ff verwiesen werden, aus denen sich die Vortheile einer Verpfändung mittels constitutum überzeugend ergeben. Die tägliche Erfahrung bestätigt das Bedürfniß. Wie vielfach tritt gerade an den Anwalt die Frage heran, wie und ob nicht durch Verpfändung solcher Gegenstände, welche jedoch dem Schuldner noch zu belassen seien, eine Sicherheit geschaffen werden kann, und wie oft unterbleibt die Hülfe für den Kreditsuchenden, weil sich bei der bestehenden Gesetzgebung eine solche Sicherheit nicht schaffen läßt. Man kann sich in der That dann nicht wundern, wenn solche vergeblich Hülfe Suchende das Recht, welches ihnen grausam die Möglichkeit der Sicherheitsbestellung verschließt, schlechterdings nicht zu verstehen vermögen und sich bitter beschweren. Ganz falsch wäre es aber, anzunehmen, daß es sich bei Verpfändungen mittels constitutum meist nur um bedenkliche, unsolide oder zum Nachtheil anderer Gläubiger beabsichtigte Rechtsgeschäfte handeln müßte. Gewiß werden sich solche vielfach in diese Form kleiden, aber durch Ausschluß des constitutum werden solche Geschäfte nimmermehr ausgeschlossen, kaum erschwert. Denn der, welcher derartige Geschäfte abschließen will, findet im Recht, auch in dem Entwurf, wie noch später zu zeigen,

die Mittel und Wege, welche zum Ziele führen, auch einen Gläubiger, welcher ihm hierbei behülflich ist. Geschädigt aber ist der redliche Kreditsucher, welchem das Recht den geraden Weg verlegt und welcher geradezu genöthigt wird, sich in unsolide Geschäfte einzulassen. Wer kennt nicht die berüchtigten Leihgeschäfte, welche leider auch schon solidere Firmen einzugehen sich genöthigt sehen, in denen, weil ein Faustpfand an dem verkauften und dem Käufer übergebenen Gegenstand für den noch nicht bezahlten Kaufpreis nicht möglich ist, der Kauf in das Gewand eines Leihvertrags mit Ratenzahlungen einer Miethe an Stelle des Kaufpreises gekleidet wird und der Miether-Käufer erst mit der letzten Ratenzahlung Eigenthümer wird, die geleisteten Zahlungen aber und die Aussicht auf Erlangung des Eigenthums verwirkt, wenn er vor Vollzahlung mit einer Ratenzahlung im Rückstand ist? Es ist das nur ein Beispiel der vielen, wohin das Recht „im Interesse der Verkehrssicherheit" treibt, wenn es das gesetzliche Mittel der Verpfändung mittelst constitutum nicht gewährt. Solcher Art sind die Früchte, welche eine Gesetzgebung zeitigt, die eine Sicherheitsleistung durch Verpfändung mittels constitutum versagen zu müssen glaubt, und trotz dieser Erfahrungen will der Entwurf gleichwohl ein Gesetz mit gleichen Beschränkungen bieten, dem Verkehr die gleichen Fesseln anlegen, und so ruhig mitansehen, wie weiter durch künstliche und ungesunde Rechtsgeschäfte der Ausweg gesucht wird, nach welchem das Verkehrsbedürfniß nun einmal drängt.

Ist es aber, wie behauptet werden muß, ein entschiedenes wirthschaftliches Bedürfniß, auch durch die Verpfändbarkeit solcher Werthsgegenstände, welche nach der Natur der Verhältnisse vorerst noch in Gewahrsam des Verpfänders verbleiben müssen, unzähligen Kreditbedürftigen den Kredit zu eröffnen, der ihnen sonst verschlossen ist, so muß es schon an sich zweifelhaft erscheinen, ob die Gefahr des Mißbrauchs des constitutum, welches allein diese Verpfändbarkeit ermöglicht, es rechtfertigt, dasselbe überhaupt einfach für unzulässig zu erklären. In der That würde so das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Bei andern gesetzlichen Bestimmungen ist der Entwurf gegenüber einem Mißbrauch derselben so ängstlich nicht gewesen. Es sei hier an die erinnert, durch welche eben die Zustände, welche die Motive aus einem Mißbrauch des constitutum fürchten, geschaffen werden können und mittels deren gerade unredliche Schuldner das Hinderniß, welches ihnen die Unzulässigkeit des constitutum in den Weg legt, unschwer aber für den Verkehr noch weit gefährlicher

nehmen können. Bei Eigenthumsübertragung beweglicher Sachen läßt der Entwurf die Beifügung einer auflösenden Bedingung zu. Auch die Beifügung einer aufschiebenden Bedingung muß nach demselben als zulässig angesehen werden. (Motive zu § 874.) Nach §§ 129, 135 hat die Beifügung einer auflösenden Bedingung insbesondere dingliche Wirkung. Man braucht nur hierauf hinzuweisen, um sich sofort ein Bild machen zu können, in wie mannigfachen vertragsmäßigen Gestaltungen man der Nutzanwendung dieser gesetzlichen Bestimmungen gewiß leider nur zu oft zum Nachtheil wünschenswerther Verkehrssicherheit wird begegnen können. Jedenfalls wird solche bedingte Eigenthumsübergabe den Zwecken einer Sicherheitsleistung dann auch vielfach dienen müssen, wenn das Recht eine Pfandbestellung mittels constitutum nicht zuläßt. Aber daß damit etwa ein Ersatz für letztere geschaffen sei, wird im Ernst wieder nicht behauptet werden können, denn wenn auch der kreditsuchende Schuldner sich der Noth gehorchend zu einem solchen Auskunftsmittel bereit finden lassen würde, so wird doch ein solider Gläubiger, der eine Sicherheit für seine Forderung sucht, letztere jedoch nicht aufgeben und dafür die Gefahr eines, wenn auch bedingten Eigenthums mit allerhand Nebenabreden übernehmen will, sich schwer dazu verstehen.

Natürlich verkennen die Motive selbst auch nicht, welche Gefahren eine bedingte Eigenthumsübertragung mit sich bringt, bei § 1167 konstruiren sie sich selbst sogar eine darauf gegründete vertragsmäßige Abmachung, nach welcher das Verbot des Verfallvertrags beim Pfandrecht hinfällig gemacht werden kann, lassen sie jedoch trotzdem zu, weil sie „praktischen Interessen diene, deren Beachtung von überwiegender Bedeutung sei".

Motive zu § 874 S. 337, 338, zu § 1167 S. 821.

Letzteres gilt jedoch nun ebenso und in weit höherem Maße von dem constitutum bei der Pfandrechtsbestellung. Und gerade hier lassen sich die von den Motiven für die Sicherheit des Verkehrs mit Recht hervorgehobenen Bedenken beseitigen.

Beim Faustpfandrecht an Schiffen hat der Entwurf, wie schon Eingangs angedeutet, von dem Erforderniß der Uebergabe überhaupt abgesehen. Es ist klar, daß das eine unbedingte Nothwendigkeit war, wenn man die Schiffe von der Verpfändbarkeit nicht ganz ausschließen wollte. Damit hätte man freilich einem Rechtsgrundsatz zu lieb den Pfandkredit der Schiffseigenthümer allzu offenbar unterbunden. Auch eine Uebergabe mittels constitutum würde eine überflüssige Form

gewesen sein, weil, wenn das verpfändete Schiff auf der Reise, dem Pfandgläubiger die Möglichkeit fehlt, die unmittelbare Inhabung des Pfandes zu erlangen, ein Anspruch, welchem der mit dem constitutum verbundene Vertrag über die Belassung der Inhabung doch stets nur eine zeitliche Schranke setzt.

Mit Recht hat daher der Entwurf für die Schiffe ein Vertragspfandrecht ausnahmsweise zugelassen. Um jedoch an Stelle der gewöhnlichen Kundbarmachung des Faustpfandrechts, der Inhabung in der Hand des Pfandgläubigers, das Rechtsverhältniß etwas in die äußere Erscheinung treten zu lassen, läßt der Entwurf das Pfandrecht erst durch den Pfandvertrag und durch Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister (Handelsgesetzbuch Art. 432 ff.) gültig entstehen. Hier ist der Weg nicht etwa für eine allgemeine Einführung des Vertragspfandrechts, welchem gegenüber mit gutem Grund als Regel an dem sichern und einfachen Grundsatz des Uebergabeerfordernisses festzuhalten ist, sondern für eine ganz unbedenkliche Gestaltung des constitutum gezeigt. Man komme dem Kreditbedürfniß so weiter Kreise entgegen und lasse auch bei der Pfandrechtsbestellung die Uebergabe durch constitutum possessorium zu, knüpfe jedoch die Entstehung des durch solche Uebergabe begründeten Pfandrechts an die weitere Form, daß einmal der Pfandvertrag sowie der Vertrag über die einstweilige Belassung des Pfands in der Inhabung des Verpfänders gerichtlich oder notariell abgefaßt, dem Gericht am Wohnsitz des Schuldners übergeben und von diesem Gericht das Pfandrecht in ein öffentliches Pfandregister eingetragen werden muß, sodaß auch mit letzterem Eintrag erst das so begründete Pfandrecht entsteht. Da es vollständig genügen würde, in dem Pfandregister unter dem Namen des Verpfänders lediglich den Tag der Eintragung des Pfandrechts mit dem Namen des Pfandgläubigers unter Hinweis bezüglich alles Weiteren auf den zu den Pfandakten übergebenen Pfandvertrag, welcher natürlich auch das Verzeichniß der Pfandgegenstände enthalten muß, zu vermerken, so würde aus einer solcher einfachen Registrirung, für welche nur eine geringe Registergebühr zu bestimmen sein würde, für die Gerichte keine nennenswerthe Geschäftsbelastung entstehen. Es würden jedoch durch diese Einrichtung, welche eine Analogie auch in dem eherechtlichen Register (§ 1435 ff.) findet, die beiden ersten oben erwähnten in den Motiven geltend gemachten Bedenken gegen das constitutum beseitigt werden. Denn in dem Pfandregister würde das Pfandrecht in eine äußerliche Erscheinung treten und geheime die

Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigende Pfandrechte würden unmöglich gemacht; der persönliche Kredit würde aber auch nicht gefährdet werden, da Jedermann vor einer Kreditgewährung aus dem Pfandregister sich unterrichten könnte, ob etwaige in der Hand des Kreditsuchenden sich befindenden Werthsgegenstände verpfändet sind oder nicht. Zur größeren Sicherheit könnte ähnlich wie bei dem eherechtlichen Register bestimmt werden, daß bei einer Verlegung des Wohnsitzes binnen einer gewissen Frist die Eintragung bei dem Gericht des neuen Wohnsitzes erfolgen muß, widrigenfalls die frühere Eintragung ihre Wirkung verliert. Da jedoch, wie schon gezeigt, das Faustpfandrecht lediglich vorübergehenden Kreditbedürfnissen zu dienen geeignet ist, so würde eine ohnehin für so begründete Pfandrechte wünschenswerthe Verjährungsbestimmung genügen. Die Hypothek des Entwurfs ist nach § 847 unverjährbar, auch für das Schiffspfandrecht scheint ein Bedürfniß für Verjährung desselben nicht zu bestehen. So, wie eben vorgeschlagen, durch constitutum und Eintrag in ein Pfandregister begründete Pfandrechte müßten jedoch innerhalb kurzer Frist, wenn die Eintragung nicht erneuert, der Verjährung unterliegen. Es würde dies sowohl weiter noch im Interesse der Verkehrssicherheit wie des persönlichen Kredits liegen, als auch Löschungen unnöthig machen. Das Erforderniß der gerichtlichen oder notariellen Abfassung des Pfand- und Inhabungsbelassungsvertrags als Unterlage für das Pfandregister wurde zugleich der Gefahr des leichtsinnigen Borgens, welche auf der andern Seite die größere Erleichterung der Verpfändbarkeit von beweglichen Sachen mit sich bringen könnte, ebenso wirksam steuern, wie die Bestimmung einer kürzeren Verjährungsfrist.

Bei der verschiedenen Natur des Schiffsregisters von dem vorgeschlagenen Pfandregister würde indessen kein Grund vorliegen, die Vorschriften in §§ 878, 1152 über den gutgläubigen Erwerb außer Anwendung zu setzen. Dem gutgläubigen Erwerber würde nicht einmal der Vorwurf grober Fahrlässigkeit treffen dürfen, wenn er sich nicht vorher aus dem Pfandregister zu unterrichten gesucht. Im Interesse eines freien und sicheren Verkehrs dürfen solche Anforderungen nicht gestellt werden. Auf der andern Seite muß der Pfandgläubiger seinen Schutz im Strafrecht finden, die Unterschlagung des Inhabers der verpfändeten eigenen Sache, um diesen Ausdruck zu gebrauchen, muß unter Strafe gestellt werden. Es wird und muß dies dann aber auch für den Pfandgläubiger ein wirksamer und genügender Schutz sein.

Hiernach würden alle die Bedenken sich beseitigen lassen, welche die Motive gegen das constitutum bei der Pfandbestellung geltend machen und welche sich sonst mit Grund geltend machen lassen, und kann deshalb wohl mit Recht die Forderung erhoben werden, daß das Deutsche bürgerliche Gesetzbuch auch bei der Pfandbestellung das constitutum zuläßt und so einem dringenden wirthschaftlichen Bedürfniß Rechnung trägt.

Zu § 1145. Erst nach vorstehenden Ausführungen schien es zweckmäßig, wenn auch wieder zurückgreifend, zu § 1145 in Anschluß an die Motive eine weitere Bemerkung zu machen. Nach § 1145 kann nur eine bewegliche Sache den Gegenstand des Faustpfandrechts bilden und zwar wie sich aus den weiteren Bestimmungen des Entwurfs ergiebt, lediglich eine selbstständige bewegliche Sache. Die Motive rechtfertigen daher bei § 1145, weshalb für ungetrennte Erzeugnisse keine Ausnahme in Ansehung einer rechtsgeschäftlichen Begründung des Pfandrechts bestimmt ist. Sie können sich mit Recht auf § 782 berufen, wonach an wesentlichen Bestandtheilen einer Sache ein von dem Recht an der Sache im Ganzen abgesondertes Recht nicht stattfindet und sagen, daß es an dem Grund eines dringenden praktischen Bedürfnisses fehle, diese Vorschrift zu durchbrechen. Letztere Behauptung kann indessen als richtig nicht zugegeben werden. Im Gegentheil dürfte die Erfahrung gerade auch hier wieder für das Bedürfniß sprechen und darthun, daß gar häufig die noch ungetrennten Früchte zur Sicherheit einer Forderung eingesetzt werden sollen und daß dann, weil dies unzulässig, die so beabsichtigten Verpfändungen in das zweifelhafte Gewand eines Kaufs der Früchte gekleidet werden. Daß das Bedürfniß nicht ein so dringendes wie für das constitutum ist, kann zugegeben werden, daß es indessen vorhanden ist, lehrt ja auch das Beispiel der Civilprozeßordnung. Durch § 714 Civilprozeßordnung sollte ja gerade dem Grundbesitzer da, wo bisher die Pfändung von Früchten noch nicht bestand, ein neues selbstständiges Deckungs- und Sicherungsmittel verschafft und überhaupt die Möglichkeit gegeben werden, nicht sofort mit der Zwangsvollstreckung in das Grundstück selbst, solange die Früchte genügende Deckung boten, beginnen zu müssen. Der Gesetzgeber würde indessen gewiß diese Bestimmung nicht getroffen haben, wenn er eben nicht ein Bedürfniß dazu hätte anerkennen müssen. Lag dasselbe aber für die Zwangsvollstreckung vor, so muß dasselbe jedenfalls noch weit mehr für den gewöhnlichen Verkehr anerkannt werden,

für welchen gerade die gültige Verpfändung von Früchten ein Mittel sein kann, die Zwangsvollstreckung zu vermeiden. Und unbestreitbar wird anerkannt werden müssen, daß für eine vorübergehende Sicherheitsleistung die Verpfändung von Früchten ein sehr geeignetes Mittel sein kann. Ist sie das aber, so wird sie gewiß auch zum Bedürfniß werden können.

Nun ist es ja richtig, daß durch Schaffung eines vollstreckbaren Schuldtitels in Gestalt einer vollstreckbaren Schuldurkunde der Schuldner seinem Gläubiger leicht ein Pfändungspfandrecht verschaffen kann, allein es leuchtet ein, daß dieser Weg mit erheblichen Kosten und dem Makel der Zwangsvollstreckung verbunden ist und wenn begangen, häufig ein krummer Weg sein wird, da dem wirklichen Schuldverhältniß die anerkannte fällige Geldforderung nicht immer entsprechen wird. Wenn möglich, empfiehlt es sich gewiß, Vorsorge zu treffen, daß berechtigte gewollte Rechtsverhältnisse auch zum klaren Ausdruck gelangen können. Ganz ungenügend ist der in den Motiven hervorgehobene Ersatz in Ueberlassung der Inhabung der ganzen Sache nebst den Früchten mit der dinglich bindenden Offerte des Uebergebenden, daß der Inhaber mit der Trennung an den Früchten Pfandrecht erwerbe. (§§ 901, 902.) Ein solches künstliches nur dem wirklich Gesetzeskundigen bekannte und übersichtliche Rechtsverhältniß kann sicherlich keinen Ersatz bieten.

Da nun ein Pfändungspfandrecht an ungetrennten Erzeugnissen gesetzlich zulässig ist, so würde an sich allen Einwendungen gegen ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht der Boden entzogen sein, wenn auch für letzteres sich ein geeignetes Mittel fände, die Pfandbestellung in die äußere Erscheinung treten zu lassen. Denn im Interesse der Verkehrssicherheit würde auch hier allerdings eine Kundbarmachung nothwendig erscheinen. Daß etwas Aehnliches wie bei der Pfändung hier nicht das geeignete Mittel sein würde, ist zuzugeben. Indessen würde durch das für das constitutum vorgeschlagene Pfandregister sich der Zweck erreichen lassen, und sich deshalb die Bestimmung empfehlen, daß für die Begründung des Faustpfandrechts an ungetrennten Erzeugnissen dieselben Bestimmungen zu gelten haben wie wenn die Uebergabe des Pfandes in Gemäßheit des § 805, also mittels constitutum erfolgt, mit der Aenderung, daß die Eintragung in das Pfandregister desjenigen Amtsgerichts zu bewirken wäre, in dessen Bezirk die fruchttragende Sache gelegen ist.

Einen Vorgang hat eine solche Einrichtung ja bereits auch in dem Züricher Gesetzbuch gefunden.

Wenn auch für die Begründung eines solchen rechtsgeschäftlichen Pfandrechts Beschränkungen mit Rücksicht auf die Reife der Früchte wie sie bei der Pfändung bestehen, bei der Freiwilligkeit der Pfandrechtsbestellung aus einer Besorgniß für die weitere Kultur der Früchte sich nicht rechtfertigen lassen, würde es doch geboten erscheinen, dieselbe Beschränkung auch hier gelten zu lassen. Es würde dafür nicht nur die wünschenswerthe Uebereinstimmung mit dem Pfändungspfandrecht sprechen, sondern hauptsächlich die Erwägung, daß es zweckmäßig erscheint, die Pfandrechtsbestellung auf einen Zeitraum zu beschränken, in welchem überhaupt erst von gezogenen Früchten eigentlich die Rede sein kann. Für den Pfandverkauf würde bei den Früchten nur eine Aenderung des § 1170 in Ansehung der Androhungsfrist nothwendig sein. Der Verkauf ungetrennter Früchte ist schon nach der Civilprozeßordnung zulässig.

Zu §§ 1148, 1149. Der Umfang der Pfandhaftung ist zweckmäßig nnd im Wesentlichen genügend geordnet. Daß das Faustpfand allgemein für die Kosten der Rechtsverfolgung haftet und nicht nur wie die Hypothek für die Kosten der Rechtsverfolgung, welche die Befriedigung aus dem Unterpfand bezweckt, ist durchaus gerechtfertigt, während bei der Hypothek diese Beschränkung durch das Spezialitätsprinzip nicht genügend begründet erscheint und ohne Noth dazu nöthigen wird, stets alsbald aus dem Grundstück für die versicherte Forderung Befriedigung zu suchen. Daß die Haftung der Person und Sache auch soweit zusammenfallen soll, daß die Sache auch für solche rechtsgeschäftliche Erweiterungen und Aenderungen haften soll, welche der Schuldner nachträglich an der Hauptverbindlichkeit eintreten läßt, erscheint jedoch nur so lange gerechtfertigt, als der Schuldner auch Eigenthümer des Pfandes bleibt. Hat ein Eigenthumswechsel stattgefunden und hat der Pfandgläubiger davon Kenntniß, welche er bei Zulassung des constitutum nicht zu haben braucht, so würde es doch zu weit gehen, den Schuldner für befugt zu erklären, durch Rechtsgeschäft mit dem Pfandgläubiger die Haftung des fremden Pfandes zu erweitern. Nach stattgehabtem Eigenthumswechsel ist die Sachlage doch thatsächlich dieselbe wie im Falle des § 1149. Die Kenntniß des Pfandgläubigers von dem Eigenthumswechsel würde jedoch Voraussetzung der insoweit nunmehr beschränkten Haftung sein müssen, weil bei rechtsgeschäftlichen Erweiterungen oder Aenderungen

der Hauptverbindlichkeit mit dem Schuldner der Pfandgläubiger sonst anzunehmen berechtigt ist, daß das Pfand auch für solche haftet. Ein bezüglicher beschränkender Zusatz zu § 1148 oder § 1149 würde sich deshalb empfehlen.

So wenig wie bei der Hypothek beschränkt auch hier der Entwurf die Haftung des Pfands für die Zinsen auf einen Rückstand von bestimmter Zeit. Das Pfand haftet mithin unbeschränkt für rückständige Zinsen. Zweckmäßig erscheint dies nicht. Zwar ist bei dem Faustpfandrecht der Fall, daß ein Pfand für verschiedene Forderungen haftet, seltener, da er jedoch nicht ausgeschlossen, so würde, wenn auch nicht so dringend wie bei der Hypothek, die Beschränkung auf einen Rückstand von etwa 2 Jahren von dem Verkauf rückwärts im Interesse nachstehender Pfandgläubiger empfehlenswerth sein.

Nach § 1149 soll das für eine fremde Schuld bestellte Pfandrecht, abgesehen von den nachträglichen rechtsgeschäftlichen Erweiterungen und Aenderungen der Hauptverbindlichkeit, weiter auch nicht für die auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhenden Zinsen der Hauptverbindlichkeit haften.

Eine solche Beschränkung erscheint unzweckmäßig, auch bei der Bürgschaft, auf deren Bestimmungen Bezug genommen wird. Da Hauptforderung und Nebenforderung zusammen gehören, wird diese Theilung der Haftpflicht Veranlassung zu beständigen Streitigkeiten und Mißverständnissen bieten, der Gläubiger sich auf die von ihm vorausgesetzte Zusammengehörigkeit berufen, der Verpfänder sich aber wirksam mit dem Gesetz decken. Für die gesetzlichen Kaufzinsen (§ 467), die Zinsen des Bestellers (§ 573 Absatz 3), des Auftraggebers (§ 595 Absatz 2) soll das Pfand nicht haften, wohl aber für die Verzugszinsen der betreffenden Forderungen. Die Unterscheidung wird man nicht wohl verstehen, ebensowenig weshalb grundsätzlich überhaupt ein Pfand für eine fremde Schuld von vornherein, von späteren Aenderungen abgesehen, beschränkter haften soll als für die eigene.

Dem muthmaßlichen Willen bei der Verpfändung dürfte es mehr entsprechen, den Grundsatz umzudrehen, die unbeschränkte Haftung des Pfands auch für eine fremde Schuld als Regel anzunehmen und die Beschränkung der Haftpflicht der Bestimmung des Verpfänders zu überlassen, als wie umgekehrt mit dem Entwurf die beschränktere Haftung als Regel aufzustellen und deren Erweiterung der Vereinbarung anheimzugeben.

Die Mithaftung für etwaige Konventionalstrafen wird man dagegen nicht ohne Weiteres mit als beabsichtigt ansehen können. Nur für diese und ebenso für nachträgliche rechtsgeschäftliche Erweiterungen und Aenderungen der Hauptverbindlichkeit scheint es zweckmäßig, die Haftung des Pfands für eine fremde Schuld zu beschränken.

Inwieweit die Haftung des Pfands für die vom Pfandgläubiger auf das Pfand gemachten Verwendungen mit Rücksicht auf § 1155 zu beschränkt ist, wird bei der Besprechung des § 1155 a. E. noch zu bemerken sein.

§ 1150. Bei der wohlbegründeten Bestimmung, daß sich das Pfandrecht auch auf Bestandtheile und Erzeugnisse, welche von dem Pfande getrennt werden, erstreckt, wird die Frage aufzuwerfen am Platze sein, ob damit der Umfang der pfandrechtlichen Haftung genügend erschöpft ist. Die Frage wird nicht bejaht werden können, vielmehr erscheint im Interesse des Pfandkredits eine Erweiterung der pfandrechtlichen Haftung, ähnlich wie bei der Hypothek, sehr wünschenswerth. Nach § 1067 Ziffer 5 haften bei der Hypothek dem Gläubiger auch die Forderungen des Eigenthümers oder Besitzers des Grundstücks aus der Versicherung von Gegenständen, welche dem Gläubiger kraft der Hypothek haften, am wirksamsten die Forderungen aus der Gebäudeversicherung. Bei dem Faustpfand erlischt mit dem Untergang der verpfändeten Sache das Pfandrecht überhaupt und verliert durch Beschädigung der verpfändeten Sache vielleicht seinen ganzen Werth. Mithin ist eine ähnliche Bestimmung bei dem Faustpfandrecht noch mehr gerechtfertigt und für den Pfandkredit geboten. Die Motive enthalten keine Andeutung, weshalb eine solche Bestimmung keine Aufnahme gefunden hat. Es lassen sich auch Gründe dagegen nicht aufführen. Im Gegentheil entspricht eine solche Bestimmung durchaus dem sonst zur Geltung gebrachten in den Motiven sogenannten Grundsatz der Surrogirung. Ja es dürfte bei der Natur des Gegenstandes des Pfandes, als einer beweglichen Sache, sich empfehlen, nicht nur die Forderung aus der Versicherung an Stelle des untergegangenen oder beschädigten Pfandes treten zu lassen, sondern daneben auch die Schadensersatzforderung des Eigenthümers bei Untergang oder Beschädigung des Pfandes überhaupt. Denn gerade in diesen letzteren noch häufigeren Fällen wird dem Pfandgläubiger viel daran gelegen sein, in der Ersatzforderung des Eigenthümers selbst einen Ersatz für seine verlorene oder verminderte

Sicherheit zu haben. Entsprechend der Bestimmung des § 1067 Ziffer 5 würde ein Zusatz dahin genügen, daß sich das Pfandrecht auch auf die Forderungen des Eigenthümers aus der Versicherung des Pfandes sowie auf die Schadensersatzforderungen desselben wegen Untergangs oder Beschädigung des Pfandes zu erstrecken habe. Da diese Forderungen ebenso wie die Forderungen aus der Gebäudeversicherung lediglich ein Surrogat des Pfandgegenstandes sind, so muß hinsichtlich des Zeitpunktes der pfandrechtlichen Haftung und der Wirkung derselben dem Drittschuldner gegenüber bei ihnen dasselbe gelten wie bei jenen (Motive S. 667 zu § 1070); es müssen mithin, worauf bei § 1211 noch einmal zurückzukommen sein wird, die Vorschriften der §§ 303—306 auch auf sie entsprechende Anwendung finden.

Daß dem Pfandgläubiger nach §§ 1155, 931 gegen den schlechtgläubigen Besitzer des Pfandes, welcher vorsätzlich oder fahrlässig das Pfand verschlechtert oder hat untergehen lassen, selbstständige Schadensersatzansprüche zustehen sollen, wird noch zu § 1155 zu erwähnen sein.

§ 1155. Ungenügend ist die Bestimmung, daß bei Beeinträchtigung der Rechte des Pfandgläubigers auf dessen Ansprüche die Vorschriften der §§ 929—945, 951 entsprechende Anwendung finden sollen. Mit Recht kann man hier dem Entwurf den so vielfach gehörten Vorwurf machen, daß er durch Verweisung auf anderweite Bestimmungen zu e n t s p r e c h e n d e r Anwendung die für ein Gesetzbuch erforderliche Klarheit vermissen läßt. Denn ein Vergleich mit den angezogenen Vorschriften über den Eigenthumsanspruch wird schon dem Rechtskundigen es außerordentlich schwierig machen, die entsprechende Anwendung herauszufinden, den Laien aber geradezu vor ein Räthsel stellen. Dazu kommt, daß theilweis die angezogenen Bestimmungen sich auch entsprechend nicht wohl anwenden lassen. Es ist das ganz natürlich, denn das Rechtsverhältniß des Pfandgläubigers zu dem Pfande ist ein von dem Rechtsverhältniß des Eigenthümers zur Sache so vielfach verschiedenes, daß die durch Beeinträchtigung des letzteren entstehenden Ansprüche auf ersteres nicht überall passen. Die Motive verkennen die Schwierigkeiten selbstverständlich nicht, setzen sich jedoch kurz mit der Bemerkung darüber hinweg, daß es der Doktrin und Praxis zu überlassen sei, sie zu überwinden und daß durch die Bestimmung einer nur analogen Anwendung die Berücksichtigung der obwaltenden Unterschiede genügend

hervorgehoben sei. Hiermit wird man sich schwerlich einverstanden erklären können. Man wird verlangen müssen, daß das Gesetz deutlich ausspricht, in welcher Weise die fraglichen Bestimmungen Anwendung finden sollen.

Einfach ist ja die entsprechende Anwendung der §§ 929, 942 ff., bei denen es sich um die Beseitigung einer gegenwärtigen Beeinträchtigung des dinglichen Rechts handelt, die größten Schwierigkeiten aber entstehen bei dem § 931, insbesondere §§ 936, 939 und den daraus sich ergebenden Bestimmungen, in denen bei entsprechender Anwendung die Rechtsverhältnisse zwischen Pfandgläubiger und dem Dritten aus den der Vergangenheit angehörenden Beeinträchtigungen des Pfandrechts sich ergeben sollen. Es ist dabei zu beachten, daß dadurch nicht nur Rechte des Pfandgläubigers, sondern auch wichtige Ansprüche des Dritten begründet werden, dessen Ansprüche zur Entstehung kommen, einerlei ob die Sache verpfändet ist oder unbelastet im Eigenthum eines Andern steht, sich deshalb auch nicht ohne Weiteres entsprechend ändern können, je nachdem der Pfandgläubiger oder der Eigenthümer dem Berechtigten gegenübertritt. § 1155 hat deshalb auch die angezogenen Bestimmungen lediglich auf die Ansprüche des Pfandgläubigers für entsprechend anwendbar erklärt, die in §§ 936, 939 dem Dritten gegebenen Rechte jedoch unberührt lassen müssen.

Soweit nach § 931 gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen dem Pfandgläubiger herauszugeben sind, würde dies dem Pfandrecht entsprechen und sich nach § 1154 rechtfertigen. Auf Auszahlung des durch Untergang oder Verschlechterung der Sache verursachten Schadens würde jedoch der Pfandgläubiger zunächst und vor Eintritt seines Verkaufsrechts überhaupt noch keinen Anspruch haben. Sollte die entsprechende Geltung dieser Bestimmung jedoch so zu verstehen sein, so würde wohl weiter bestimmt werden müssen, daß der so gezahlte Betrag einstweilen hinterlegt werde. Vor Allem aber kann es fraglich sein, auf Ersatz welchen Schadens der Pfandgläubiger den Anspruch haben soll, ob auf Ersatz des allgemein dem Eigenthümer entstandenen Schadens oder auf Ersatz des gerade ihm, dem Pfandgläubiger, verursachten Schadens. Derselbe ist zweifellos verschieden, denn der Schade des Eigenthümers ist sofort gegeben, der des Pfandgläubigers kann sich erst bei dem Verkauf des Pfandes oder dann herausstellen, wenn das Pfand hätte verkauft werden können. Es muß angenommen werden, daß der Schade als zu ersetzend hat gemeint sein sollen, welcher gerade dem Pfandgläubiger nur entstanden

ist, da der dritte Besitzer durch sein fahrlässiges oder vorsätzliches Handeln dem Pfandgläubiger unmittelbar verpflichtet erscheint, nach dem Entwurf aber der Schadensersatzanspruch des Eigenthümers dem Pfandgläubiger nicht kraft des Pfandrechts haftet, wie zu § 1150 erwähnt. Nun läßt sich der Schade des Pfandgläubigers aber erst nach Eintritt des Verkaufsrechts sicher feststellen, wie auch dann erst der Anspruch auf Auszahlung besteht. Es fragt sich deshalb, wie ist das Rechtsverhältniß in der Zwischenzeit. Dem Eigenthümer muß doch andererseits auch soweit der Schadensersatzanspruch verbleiben, als letzterer den Schaden des Pfandgläubigers übersteigt und davon verschieden ist, während die Ansprüche des Eigenthümers ruhen müssen, soweit sie sich mit denen des Eigenthümers decken und noch nicht erledigt sind.

Es ergeben sich also Zweifel aus der entsprechenden Anwendung des § 931 auf die Ansprüche des Pfandgläubigers. Soweit es sich um den durch Untergang oder Verschlechterung des Pfands entstandenen Schaden handelt, wäre die Sache einfach, wenn allgemein der dem Eigenthümer deshalb zustehende Ersatzanspruch dem Pfandgläubiger kraft seines Pfandrecht überhaupt haftete, wie zu § 1150 vorgeschlagen.

Weiter erscheint aber auch die entsprechende Anwendung der in §§ 930, 931 für den Eigenthümer gegebenen Bestimmungen für die Ansprüche des Pfandgläubigers nicht ausreichend. Zunächst beschränkt § 931 abgesehen von den Nutzungen den Schadensersatzanspruch auf den durch Untergang oder Verschlechterung der Sache entstandenen Schaden, berücksichtigt mithin den nicht, welcher durch Verfügung über die Sache — auch dem Pfandgläubiger recht wohl — entstehen kann. S. 405 sagen zwar die Motive bei dem Eigenthumsanspruch, daß im § 931 ein allgemeines Prinzip enthalten sei, aus welchem sich auch die Beantwortung dieser Frage ergebe, allein aus der bestimmten Beschränkung auf die angegebenen Entstehungsursachen eines Schadens und aus der im Gegensatz zu § 930 beliebten Weglassung des verallgemeinernden Zusatzes „und anderweit" läßt sich eben nicht entnehmen, daß auch anderweit entstandener Schaden, also insbesondere durch eine solche Verfügung entstandener als zu ersetzend gemeint sein soll.

Aber auch hiervon abgesehen, konnte sich der Entwurf für den Eigenthumsanspruch mit §§ 930, 931 begnügen, weil der Eigenthümer, auch wenn er den Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 930,

931 nicht hat, doch noch durch die in § 748 gegebenen Bestimmungen über die Haftung des Besitzers oder Inhabers aus ungerechtfertigter Bereicherung geschützt ist. Dadurch daß in § 1147 Absatz 2 bestimmt ist, daß § 880 auch für das Pfandrecht entsprechende Anwendung finden solle, hat der Pfandgläubiger zwar einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, indessen doch nur für den Fall der bestimmten unberechtigten Verfügung eines Dritten, durch welche er einen Verlust seines Rechts erlitten hat. Für andere Fälle und bei solchen stattgehabten Beeinträchtigungen des Pfandrechts, durch welche ein dritter Besitzer des Pfands, welcher von dem Mangel seiner Berechtigung zum Besitz keine Kenntniß hatte, ungerechtfertigt bereichert ist, hat der Pfandgläubiger einen solchen Anspruch nicht. Hinsichtlich des dem Pfandgläubiger aber nach §§ 1147, 880 gegebenen Anspruchs bezüglich der Bezahlung desselben gilt dasselbe was oben hinsichtlich der Schadensersatzforderung nach § 931 und deren Zahlung von dem Pfandgläubiger bemerkt worden ist.

Wie schon erwähnt, sind jedoch nach §§ 936, 939 gewichtige Gegenansprüche des Dritten begründet, welche durch Zurückbehaltung des Pfands geltend gemacht werden können.

Nach § 936 hat der Dritte einen Ersatzanspruch wegen seiner Verwendungen, durch welche der Eigenthümer in Folge Wiedererlangung der Sache bereichert wird.

Der Entwurf steht hinsichtlich der Gegenansprüche wegen Verwendungen gegenüber dem Eigenthumsanspruch auf dem Standpunkt, daß er nicht wie das gemeine Recht einen Unterschied zwischen redlichem, unredlichem und deliktmäßigem Besitzer macht, sondern das rechtsbegründende Moment überhaupt in der Thatsache der durch die Verwendung dem Eigenthümer gewordenen Bereicherung findet. Weil und soweit der Eigenthümer bereichert ist, deshalb und soweit ist er zur Erstattung der Verwendung verpflichtet. Diesen Grundsatz entsprechend auf den Pfandgläubiger angewendet, würde der letztere nur insoweit zum Ersatz verpflichtet sein, als durch die Verwendung des Pfands bei dem Verkauf einen höheren Erlös als vor der Verwendung gefunden hat, bezüglich gefunden haben würde, und als gerade dieser Mehrerlös mit zur Befriedigung des Pfandgläubigers gedient hat, denn nur insoweit würde für den Pfandgläubiger durch die Verwendung eine Bereicherung vorliegen. Nun hat aber der Dritte eben nach §§ 936, 938 einen durch Zurückbehaltungsrecht geschützten Ersatzanspruch in dem Umfang, in welchem der Eigenthümer bereichert

ist, und braucht deshalb auch dem Pfandgläubiger das Pfand vor Befriedigung seines Anspruchs nicht herauszugeben, sodaß, wenn man die Rechte des Dritten nicht kürzen oder die Verpflichtungen des Pfandgläubigers nicht erweitern will, wozu kein Anlaß vorliegen dürfte, eine entsprechende Anwendung der betreffenden Bestimmungen nicht eintreten kann. Der Pfandgläubiger hat nach dem Entwurf keine Verwendungspflicht, sogar bei Verderb des Pfands hat er nur die in § 1157 bestimmte Pflicht der Benachrichtigung, er selbst hat auch nur nach § 1159 einen Ersatzanspruch für nothwendige Verwendungen. Bei diesem Widerstreit entgegenstehender Ansprüche entsteht die Frage, welches Recht das stärkere ist, das dingliche des Pfandgläubigers oder das persönliche des Dritten aus der Bereicherung gegen den Eigenthümer. Ueber die wirkliche Bereicherung des Pfandgläubigers hinaus, wie sie oben herausgestellt, wird man das Recht des Pfandgläubigers vorgehen lassen und das Zurückbehaltungsrecht des Dritten beschränken müssen, dem letztern jedoch ein gesetzliches Pfandrecht für seinen Anspruch geben können, welches jedoch über den Bereicherungsanspruch gegen den Pfandgläubiger hinaus dem Pfandrecht des letztern nachstehen müßte. Es würde ein solches Recht dem Vorzugsrecht im Konkurs (§ 41 Ziffer 7 Konkurs-Ordnung) entsprechen.

Noch größere Schwierigkeiten macht die entsprechende Anwendung der §§ 939, 940 auf den Anspruch des Pfandgläubigers gegen den lösungsberechtigten Dritten. Wenn der Pfandgläubiger gegen diesen mit seinem Anspruch nur soll durchdringen können, wenn er dessen Lösungsanspruch befriedigt, so kann freilich das ganze Pfandrecht wirkungslos werden. Allerdings gilt von dem Eigenthumsanspruch dasselbe, sodaß grundsätzlich dort die Frage entschieden, jedenfalls aber bei dem Pfandrecht die entsprechende Anwendung bestimmt geordnet werden muß.

Soweit jedoch der Pfandgläubiger, um zu seinem Recht zu kommen, Verwendungs- oder Lösungsansprüche des Dritten befriedigen muß, wird es unbedingt nothwendig sein, das Pfand selbst für die entsprechenden Rückerstattungsansprüche an den Eigenthümer mit haften zu lassen und ist dann die im § 1148 bestimmte Haftung des Pfands wegen der vom Pfandgläubiger gemachten nothwendigen Verwendungen zu beschränkt, sodaß eine Erweiterung der Haftung, wie zu §§ 1148, 1149 am Ende bemerkt, geboten erscheinen dürfte.

§ 1160. Die Fassung dieses Paragraphen, insbesondere die

erwähnten „Einwendungen“ und „Einreden“ können zu der Annahme verleiten, als ob der Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande klageweis geltend zu machen sei. Es ist das natürlich nicht gemeint, da der Pfandgläubiger behufs seiner Befriedigung aus dem Pfande das letztere, welches er entweder schon inne hatte oder dessen Herausgabe er gegebenen Falls im Klagewege erlangt hat, selbst verkaufen kann und nur in den seltenen Fällen auf Geschehenlassen des Pfandverkaufs und Vornahme des dazu Erforderlichen zu klagen braucht, in denen ihm die ausschließliche Inhabung des Pfands nicht zusteht. Die Einwendungen und Einreden, auf Grund deren sich der Eigenthümer gegen den Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfand nach § 1160 soll schützen können, werden daher prozessualisch viel mehr im Wege der Klage als der Einrede geltend zu machen sein. Wenn der Eigenthümer solche Rechtsbehelfe bei an sich nach bestehendem Pfandrecht hat — denn wenn das Pfandrecht nicht oder nicht mehr zu Recht oder anfechtbar besteht, kann er seine Ansprüche in anderer Weise besser geltend machen — wird er zur Abwendung eines Pfandverkaufs Feststellungsklage erheben und sich durch Ausbringen einer einstweiligen Verfügung gegen den Verkauf des Pfands schützen müssen. Da insoweit die Sache bei dem Faustpfandrecht anders liegt als bei der Hypothek (§ 1084), würde dies besser durch eine andere entsprechend weitere Fassung zum Ausdruck gebracht werden können.

§ 1162. Für den nachstehenden Pfandgläubiger ist das Einlösungsrecht, welches ihm erst gegeben wird, wenn der vorgehende innehabende Pfandgläubiger das Pfand zum Verkauf bringt, entschieden zu beschränkt. Die Motive bestreiten zwar ein Interesse an einem früheren Einlösungsrecht, allein gewiß mit Unrecht, denn ganz abgesehen davon, daß dem nachstehenden Pfandgläubiger an der eigenen Inhabung des Pfandes sehr viel gelegen sein kann, sowie daran, daß bei einem Hinausschieben des Verkaufs nicht die Zinsen anwachsen und die Hauptverbindlichkeit noch erhebliche erschwerende Aenderungen erfahren kann, für welche das Pfand mithaftet, kann ja der nachstehende Pfandgläubiger nach § 1166 das Pfand gegen den Willen des vorgehenden Pfandgläubigers nicht zum Verkauf bringen, hat daher ein ganz besonderes Interesse, durch Einlösung sich zum Herrn der Lage zu machen. Auf der anderen Seite kann der vorgehende Pfandgläubiger, sobald seine Forderung fällig ist, nicht mehr als volle Befriedigung verlangen und hat, sobald die

letztere erfolgt ist, kein Recht am Pfand mehr. Dem Eigenthümer ist deshalb ganz richtig in § 1161 mit der Fälligkeit der Forderung des Pfandgläubigers das Einlösungsrecht gegeben. Ebenso muß dasselbe der nachstehende Pfandgläubiger haben.

Aber nicht nur letzterem, sondern auch dem Bürgen, wie dies das Allgemeine Preußische Landrecht I, 20 § 37 bestimmt, wird ein Einlösungsrecht zu geben sein. Freilich müßte dies in einem Befriedigungsrecht bei der Bürgschaft gegeben werden, da, soweit der Bürge befriedigt, nach § 676 Forderung und Pfandrecht auf den Bürgen übergeht. Die Motive nehmen bei § 679 S. 679, 680 unter Bezug auf § 676, §§ 254 ff., §§ 272 ff. an, daß der Bürge das Recht hätte, den Gläubiger zu befriedigen und so dessen Rechte gegen den Hauptschuldner zu erwerben, allein ein solches Recht ist dem Bürgen nicht gegeben und nach § 227 kann der Gläubiger, ohne in Verzug zu kommen, die Leistung durch den Bürgen ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht. Da bei einem böswilligen Schuldner, welcher wegen schlechter Vermögenslage den etwaigen Rückgriff des Bürgen nicht zu fürchten braucht, die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß derselbe Widerspruch erhebt, so ist es sehr geboten, dem Bürgen ein Recht auf Befriedigung einzuräumen, worin ihm dann das Einlösungsrecht von selbst gegeben ist.

Wünschenswerth wäre es, noch weiter zu gehen und jedem Gläubiger des Verpfänders, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt und damit einen Anspruch auf Pfändung des bereits in der Pfandinhabung eines Andern befindlichen Gegenstandes hat, das Einlösungsrecht einzuräumen. Denn da nach § 713 Civilprozeßordnung das in der Inhabung des Pfandgläubigers befindliche Pfand gegen dessen Willen nicht gepfändet werden kann, ist ein dritter Gläubiger des Verpfänders in Geltendmachung seines Anspruchs auf Pfändung außerordentlich gehemmt, wenn die pfändbaren und noch Sicherheit bietenden Gegenstände in der Pfandinhabung eines Dritten sind und gegen dessen und des Schuldners Willen nicht herausgebracht und auch nicht gepfändet werden können. Ein solcher Gläubiger kann ein großes Interesse haben, das Pfand durch Einlösung in seine Inhabung zu bekommen, um dasselbe so nachpfänden lassen zu können.

§ 1166. Zu § 1162 ist das Einlösungsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers hauptsächlich wegen § 1166 gerechtfertigt worden. Es sei jedoch gestattet, hier auch noch ein Bedenken gegen diesen § 1166 selbst in seiner Allgemeinheit geltend zu machen. Daß der

innehabende vorgehende Pfandgläubiger jedenfalls berechtigt ist, selbst den Verkauf vorzunehmen und auch nicht verpflichtet sein kann, eines nachstehenden Pfandgläubigers wegen vor Eintritt seines eigenen Verkaufsrechts das Pfand zum Verkauf zu bringen, ist selbstverständlich. Zweifelhaft kann es jedoch sein, ob man ihm das Recht geben soll, nach Eintritt seines Verkaufsrechts (§ 1165 Absatz 2) auch einem nachfolgenden Pfandgläubiger gegenüber, für welchen ebenfalls das Verkaufsrecht eingetreten ist, den Verkauf beliebig hinauszuschieben zu dürfen. Daß der nachfolgende Pfandgläubiger hierdurch erheblich geschädigt werden kann, liegt auf der Hand. Giebt man ihm das Einlösungsrecht, so kann er sich zwar helfen, jedoch, da dazu Geld erforderlich ist, nur dann, wenn ihm dasselbe zur Verfügung steht. Vor allen Dingen würde jedoch dann ohne ausreichenden Grund eine ganz ungerechtfertigte Verschiedenheit zwischen Pfändungspfandrecht und Vertragspfandrecht eingeführt. Die Motive sagen zwar, daß § 1166 mit den Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht im Widerspruch stehe. Allein dies ist nicht richtig. Mit § 690 und § 710 Civilprozeßordnung, auf welche die Motive verweisen, steht § 1166 allerdings nicht im Widerspruch, wohl aber mit §§ 727, 728, 716. Die Civilprozeßordnung bestimmt nicht, daß nur mit Einwilligung des frühern Pfandgläubigers der Verkauf für den spätern stattfinden könne. In der That hat deshalb auf Antrag des letztern, auch wenn der erste den Verkauf nicht will, der Verkauf doch stattzufinden. Es ist nicht abzusehen, weshalb bei dem Vertragspfand bei sonst gleichliegenden Verhältnissen etwas anderes gelten soll. Für das Einlösungsrecht würde daneben doch noch Raum und auch Grund bleiben, schon weil der nachfolgende Pfandgläubiger sich desselben vor Eintritt seines Verkaufsrechts bedienen kann.

§ 1167. Bereits in den Ausführungen zu § 1147 ist erwähnt worden, wie die Motive selbst zugeben müssen, daß durch ein geschickt gestaltetes bedingtes Rechtsgeschäft das Verbot des Verfallvertrags hinfällig gemacht werden kann. Es wird nicht ausbleiben, daß hiervon die Nutzanwendung gezogen werden wird. Daß eine solche Aussicht unbefriedigend sein muß, leuchtet ein.

Wenn im Einklang mit der Civilprozeßordnung zu § 1166 die Bestimmung wünschenswerth erschienen ist, daß ein nachstehender Pfandgläubiger von dem vorgehenden Pfandgläubiger, sobald für beide das Verkaufsrecht nach § 1165 Absatz 2 eingetreten ist, den Pfandverkauf soll beanspruchen können, so würde sich diesfalls noch ein

weiteres Vertragsverbot nothwendig machen. Es müßte dann nämlich ein zwischen Pfandgläubiger und Schuldner geschlossener Vertrag, das Pfand nicht oder nicht innerhalb gewisser Zeit zum Verkauf zu bringen, für nichtig erklärt werden. Dem Sondernachfolger, also auch dem, welcher von seinem Einlösungsrecht Gebrauch gemacht hat, würde ein hierauf gegründeter Einwand Seitens des Eigenthümers, weil lediglich das dingliche Recht betreffend, nach § 1160 nicht entgegengestellt werden können, wohl aber eben dem Pfandgläubiger, mit welchem ein solches Abkommen getroffen ist und welcher, wie vorgeschlagen, den Verkauf vornehmen soll, wenn es der nachfolgende Pfandgläubiger verlangt. Weitere Bestimmungen hinsichtlich eines solchen Vertrags, wie sie das gemeine Recht und das Pr. A. L. R. I, 20 §§ 26, 27, kennt, erscheinen nicht nothwendig.

§§ 1169—1178. Die Bestimmungen über das Verkaufsverfahren können nicht als zweckmäßig anerkannt werden und bedürfen dringend einer Aenderung. Gewiß ist es als ein entschiedener Vorzug des Entwurfs anzuerkennen, daß dem Pfandgläubiger das Recht zum Selbstverkauf gegeben ist, allein die Ausführung des letzteren hat der Entwurf zu ausschließlich in die Hand des Pfandgläubigers gelegt, dabei die Verantwortlichkeit desselben unnöthig gesteigert und dadurch wieder unbeabsichtigt für den Pfandkredit eine Erschwerung geschaffen. Es ist anzuerkennen, daß diese Bestimmungen sich aus der Durchführung des Grundsatzes des § 1165 folgerichtig ergeben, indessen ist damit weder dem Eigenthümer noch dem Pfandgläubiger etwas genützt. Für den Pfandgläubiger insbesondere enthalten sie soviel Schlingen, daß er ohne rechtlichen Beirath kaum in der Lage ist, den Verkauf ohne Nachtheil vornehmen lassen zu können und geradezu dazu gedrängt wird, auf denselben zu verzichten, sich lieber einen vollstreckbaren Schuldtitel zu verschaffen und den Verkauf im Wege des Zwangsvollstreckungsverfahrens vornehmen zu lassen (§ 1169). Der ganze Vortheil des billigern und raschern Selbstverkaufs geht dadurch verloren und doch läßt sich derselbe durch wenige Aenderungen erhalten.

Indem der Entwurf die Verkaufshandlung selbst unter die Verantwortlichkeit des Pfandgläubigers stellt und nur die in § 1171 angegebenen Personen als die Organe bezeichnet, durch welche er nach seinen Anweisungen den Verkauf vornehmen lassen soll, verpflichtet er den Pfandgläubiger, jenen Organen jedesmal die besondern Bedingungen für den Verkauf vorzuschreiben, welche das Gesetz verlangt

oder er selbst für zweckmäßig erachtet und macht ihn haftbar, wenn er etwas versieht. Dieser Standpunkt erscheint nicht richtig. Richtiger erscheint es, wenn das Gesetz ein für allemal unmittelbar denen welche den Verkauf vornehmen sollen, vorschreibt, wie verkauft werden soll, wenn also nicht der Pfandgläubiger jedesmal das Verfahren vorzuschreiben hat, sondern wenn dasselbe vom Gesetz selbst ein für allemal vorgeschrieben ist. Dazu wird zunächst nothwendig sein, § 1171 dahin einzuschränken, daß der Pfandgläubiger den Verkauf nur durch Gerichtsvollzieher vornehmen zu lassen hat, da diese, gerade wie bei der Zwangsvollstreckung, zu einem bestimmten Verkaufsverfahren verpflichtet werden können. Diese haben nun den Verkauf so vorzunehmen, wie der Entwurf bestimmt, und hat der Pfandgläubiger nicht nöthig, unter eigener Haftung, diese gesetzlichen Bestimmungen erst vorzuschreiben. Der Pfandgläubiger kann sich dann darauf verlassen, daß der Verkauf in gesetzlicher Weise vor sich geht und dieselbe Sicherheit hat der Eigenthümer, welcher für einen solchen Verkauf gewiß nicht mehr Sicherheit verlangen kann als bei dem Verkauf des Vollstreckungspfands.

Bis zur Abgabe des Pfands an den Gerichtsvollzieher und bis zur Beauftragung desselben mit dem Verkauf ist der Pfandgläubiger natürlich mit Recht allein verantwortlich. Er hat dem Eigenthümer den Verkauf anzudrohen, wobei ihm die sehr zweckmäßige Fiktion des § 1195 erfreulichen Schutz gewährt, und für Einhaltung der Verkaufsfrist zu sorgen. Er hat auch dem Gerichtsvollzieher die Namen des Eigenthümers und etwaiger ihm bekannter Realinteressenten mitzutheilen und den Ort der Versteigerung zu bezeichnen. Damit hat jedoch der Pfandgläubiger das Seinige gethan und tritt nunmehr die Verantwortlichkeit des Gerichtsvollziehers gerade so wie bei der Zwangsversteigerung ein. Die weitern Vorschriften haben sich an den Gerichtsvollzieher zu wenden. Dieser hat die öffentlichen Bekanntmachungen (§ 1171 Absatz 2) zu erlassen und die Benachrichtigungen (§ 1172 Absatz 2) zu bewirken, die Versteigerung auch an dem ihm vom Pfandgläubiger bezeichneten Ort vorzunehmen. Ihn geht die Vorschrift des § 1174 an, welche nach Aenderung des § 1171 dieselbe Fassung wie § 721 Civilprozeßordnung erhalten kann. Bei der so vorgeschlagenen Gestaltung des Verkaufsverfahrens würde es das einfachste und zweckmäßigste sein, zu bestimmen, daß der Gerichtsvollzieher den Verkauf in Gemäßheit des § 718 der Civilprozeßordnung vorzunehmen hat, wodurch § 1175 wegfällig würde. Die Motive

meinen zwar, daß man auch bei einer etwaigen Bestimmung, daß der Pfandgläubiger den von ihm mit dem Verkauf Beauftragten anweisen sollte, nach § 718 Civilprozeßordnung zu verkaufen, wegen des Inhalts des § 718 zu keinem angemessenen Ergebniß gelangen würde. Allein was die Motive gegen den § 718 anführen, ist nicht geeignet, diese Meinung zu begründen. § 718 Civilprozeßordnung ist durchaus zweckmäßig und hat sich recht gut bewährt. Insbesondere ist der dreimalige Ausruf sehr nützlich, auch die kassatorische Klausel deutlich genug bestimmt. Jedenfalls müßte aber, auch bei Beibehaltung des § 1775 im Uebrigen, Satz 2 in Wegfall kommen, da nach dem Vorgeschlagenen der Gerichtsvollzieher allein verantwortlich sein würde.

Vor allen Dingen aber muß beanstandet werden, daß der Pfandgläubiger als Verkäufer des Pfands wegen etwaiger Mängel desselben die Gewähr leisten soll, wie der Entwurf will, indem er ausdrücklich eine diese Haftung ausschließende Bestimmung nicht aufgenommen hat. Die Motive sagen, daß der Pfandgläubiger sich genügend schützen könne, wenn er bei dem Verkauf den Ausschluß der Gewährleistung besonders bedingen lasse. Das würde zunächst einen Pfandgläubiger voraussetzen, der so rechtskundig ist, daß er überhaupt weiß, daß er ohne eine solche ausdrückliche Bedingung gesetzlich sich der Gefahr einer solchen Haftung aussetzt, und der so viel Umsicht besitzt, selbst die nöthige Vorsorge zu treffen, welche das Gesetz nicht getroffen hat. So kluge und umsichtige Menschen sind aber leider selten. Aber bei aller Vorsicht würde damit allein ein solcher Mann sich nicht einmal genügend schützen, da der vertragsmäßige Erlaß der Haftung nach § 396 unwirksam ist, wenn der Verkäufer den Mangel gekannt und verschwiegen hat. Er müßte also auch noch alle ihm bekannte Mängel bei dem Verkauf bekannt machen lassen. Es braucht nur hierauf aufmerksam gemacht zu werden, um beurtheilen zu können, wie thöricht der Pfandgläubiger sein würde, der durch den Selbstverkauf sich solchen Unannehmlichkeiten aussetzen und der nicht lieber sich einen vollstreckbaren Schuldtitel verschaffte und das Pfand im Zwangsvollstreckungsverfahren verkaufen ließ. Denn nach § 395 hat der Erwerber ein Recht auf Gewährleistung wegen Mängel nicht, wenn im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sache auf Betreiben eines Gläubigers veräußert ist. Diese außerordentlich zweckmäßige Bestimmung muß im Interesse des Pfandkredits nothwendig auch auf den Pfandverkauf ausgedehnt werden, wie dieser Pfandverkauf auch

in § 1182 mit Recht dem Verkauf im Weg der Zwangsvollstreckung gleichgestellt ist. Da § 395 auch für die Fälle des § 726 Civilprozeßordnung gilt, besteht auch kein Bedenken, die Ausdehnung ebenfalls für die Fälle des § 1178 gelten zu lassen, sobald nur, wie bei der Zwangsvollstreckung, bei dem Verkauf bekannt gegeben ist, daß es sich um einen Pfandverkauf handelt. Auf einen Verkauf nach § 1177 jedoch dürfte die Ausdehnung im Interesse der Verkehrssicherheit dann bedenklich sein, wenn bei der hier vorausgesetzten freien Vereinbarung zwischen Eigenthümer und Pfandgläubiger ein Verkauf nicht durch den Gerichtsvollzieher stattfinden soll.

§ 1181. Nach dem zu § 1169—1178 Vorgeschlagenen würde in § 1181 Satz 2 § 1172 wegzulassen sein, da der Pfandgläubiger nur zu den betreffenden Mittheilungen an den Gerichtsvollzieher verpflichtet sein soll.

§ 1182. Weshalb in § 1182 als Pfand ausdrücklich eine bewegliche Sache vorausgesetzt wird, während doch der ganze Titel nur von beweglichen Sachen als Pfand handelt, ist nicht abzusehen.

§§ 1190, 1191. Mit gutem Grund ist in § 1189 bestimmt, daß der Pfandgläubiger durch seine einseitige Verzichtserklärung gegenüber dem Eigenthümer, welche sonst zur Aufhebung des Pfandrechts genügen soll, dann das Pfandrecht nicht aufheben kann, wenn dasselbe mit dem Rechte eines Dritten belastet ist. Nach § 1190 soll der Pfandgläubiger jedoch das Erlöschen des Pfandrechts dadurch bewirken können, daß er die Forderung auf einen Dritten überträgt, das Pfandrecht aber ausschließt und nach § 1191 soll er dadurch, daß er das Pfand an den Eigenthümer zurückgiebt, dasselbe erreichen können. Der Berechtigte kann über sein Recht ungehindert verfügen, nur darf, wenn sein Recht zu Gunsten eines Dritten belastet ist, das belastende Recht in seinem Bestand nicht berührt werden. (Motive zu § 960 S. 463.) Diesem Grundsatz entspricht § 1189, nicht aber die §§ 1190, 1191. Wenn es überhaupt nothwendig ist, eine Bestimmung, wie die in § 1190 zu geben, so darf bei einer Uebertragung der Forderung der Ausschluß des Pfandrechts auch nur mit Einwilligung des dritten Berechtigten zugelassen werden. Denn es könnte ja sonst ein Pfandgläubiger ungehindert in den Rechtsbestand eines belastenden Rechts eingreifen, indem er die Forderung ohne Pfandrecht auf einen Anderen übertrüge und so das Pfandrecht selbst zur Aufhebung brächte. Daß, wenn der Ausschluß des Pfandrechts bei einer Uebertragung der Forderung überhaupt zugelassen wird, das

Pfandrecht erlöschen muß, weil es ohne Forderung nicht bestehen kann, ist klar. Ein Bedürfniß jedoch, einen solchen Ausschluß zuzulassen, liegt eigentlich gar nicht vor, da ja der Pfandgläubiger, wenn er guten Grund hat, das Pfandrecht nicht mitzuübertragen, vorher auf dasselbe verzichten kann.

Bei § 1191 gestaltet sich die Sache ganz eigenthümlich. An sich müßte dasselbe gelten wie bei § 1189, da die Rückgabe des Pfandes an den Eigenthümer als Verzichtserklärung fingirt wird und der Pfandgläubiger doch ebensowenig durch eine in einer gewissen Handlung sich verkörpernde Willenserklärung wie durch eine dem Eigenthümer unmittelbar gegenüber abgegebene das etwaige Recht eines Dritten berühren darf. Diesen thatsächlichen Verzicht jedoch ohne Einwilligung des Dritten unwirksam sein zu lassen, dem steht die Bestimmung entgegen, daß ein Pfand sich nicht in der Innhabung des Eigenthümers befinden kann. Bei diesem Widerstreit muß ein Rechtsgrundsatz nachgeben. Nach dem Entwurf würde es der Schutz des Rechts des Dritten sein müssen. Der Widerstreit wird garnicht entstehen, wenn, wie zu § 1147 dringend befürwortet, die Begründung des Pfandrechts mittels constitutum nicht ausgeschlossen wird.

§ 1206 ff. Der vierte Titel über das Pfandrecht an Rechten hat zwar sorgfältig und erschöpfend die aus der Verschiedenheit des Gegenstandes des Pfandrechts sich ergebenden Rechtsverhältnisse berücksichtigt, leidet jedoch entschieden an dem Mangel der Unübersichtlichkeit. Wie schon bei § 1155 beanstandet, hat der Entwurf auch hier der Kürze halber wiederholt auf frühere Bestimmungen Bezug genommen und insbesondere in allgemeinerer Weise die Vorschriften über das Faustpfandrecht und die Uebertragung der Forderungen für entsprechend anwendbar erklärt, wobei wiederum es sich nöthig gemacht hat, einzelne besondere Bestimmungen für hier außer Geltung zu setzen. So ist es gekommen, daß sich in dem Titel wenig Paragraphen finden, in denen nicht auf andere zurückverwiesen wird. Es ist mit Recht zu befürchten, daß sich der Rechtsunkundige hier nie zurechtfinden wird, daß es aber auch dem Rechtskundigen Mühe machen wird, sich zu vergewissern, was bei dem Pfandrecht an Rechten eigentlich Rechtens sein soll. Bei der Neuschaffung eines Rechtsbuches sollte das gewiß vermieden werden und ist deshalb eine Aenderung dringend zu wünschen.

§ 1208. Nach § 828 kann ein Recht an einem Grundstück nur von dem im Grundbuch eingetragenen Berechtigten übertragen und

belastet werden. Nach § 1087 gilt dies auch für die Abtretung der Forderung, für welche Hypothek bestellt ist, da die eine von der anderen nicht getrennt werden kann. Zu Gunsten der Erben eines eingetragenen Hypothekengläubigers wird jedoch die Ausnahme gemacht, daß sie die ererbte Forderung abtreten können, ohne daß sie sich selbst erst als die Berechtigten eintragen zu lassen hätten. Nach § 1208 finden auf die Begründung des Pfandrechts an einem Recht die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Uebertragung jenes Rechts gelten. Eine Hypothekenforderung kann deshalb lediglich der eingetragene Hypothekengläubiger verpfänden. Die Ausnahme zu Gunsten der Erben des eingetragenen Hypothekengläubigers ist aber hier bei der Verpfändung ausdrücklich außer Anwendung gesetzt. Die Motive sagen irrthümlicher Weise entgegen der Bestimmung des Entwurfs und auch entgegen der Ausführung S. 541 zu § 1073, daß die Begründung des Pfandrechts an einem gebuchten Recht den Erben in gleicher Weise erleichtert sei.

Es ist übrigens hinzuzufügen, daß der Entwurf mit Recht diese Ausnahme hier außer Anwendung gesetzt hat. Denn bei der Abtretung hätte die vorherige Eintragung schlechterdings keinen andern Zweck als den der Erfüllung einer kostspieligen Form, da mit der Abtretung sofort wieder die Löschung dieses Eintrags hätte erfolgen müssen, während bei der Verpfändung der einzutragende Gläubiger immer Gläubiger bleibt, sein Recht nur belastet, eine Löschung des Eintrags mithin vorerst nicht wieder zu erfolgen hat.

Nach anderer Richtung geben jedoch die Motive zu § 1208 wichtigen Aufschluß. Man konnte zweifelhaft sein, wie es mit der Uebertragung einer Forderung stehe, für welche ein eingetragenes Recht verpfändet ist, und ob auch dafür § 828 entsprechend anzuwenden sei. Der Entwurf enthält keine ausdrückliche Bestimmung. Die Frage ist nach § 1208 dafür entscheidend, was bei der Weiterverpfändung einer Forderung gelte, für welche bereits ein eingetragenes Recht verpfändet war. Nach der Anmerkung zu § 1208 und aus dem Hinweis auf die Grundbuchordnung ergiebt sich, daß der Entwurf für eine solche Abtretung die Eintragung nicht erfordert, folglich auch nicht für die Weiterverpfändung. Die Gründe sind zu billigen.

§ 1211. Während grundsätzlich nach § 1208 auf Begründung eines Pfandrechts an einem Rechte die im Falle der Uebertragung desselben geltenden Vorschriften Anwendung finden sollen, nach §§ 293,

294 sonach zur Verpfändung einer Forderung, zu deren Veräußerung der Abtretungsvertrag genügt, auch der Pfandvertrag genügen müßte, enthält der § 1211 die überraschende Bestimmung, daß außer dem Pfandvertrag noch erforderlich sei, daß die Verpfändung von dem Verpfänder dem Schuldner angezeigt werde. Damit durchbricht der Entwurf den für die Abtretung von Forderungen aufgestellten Grundsatz, daß die Forderungen ohne Weiteres mit dem Abtretungsvertrag auf den neuen Gläubiger übergehen. Daß dies neue Erforderniß hier aufgestellt wird, ist um so überraschender, als doch die Verpfändung einer Forderung das Weniger ist als die Abtretung, sodaß wenn die einfache Form für letztere genügt, sie erst recht für erstere genügen muß. Und für die Abtretung genügt sie gewiß nach den weiteren Sicherungsbestimmungen, welche der Entwurf sehr zweckmäßig getroffen hat. Sie muß aber auch für die Verpfändung genügen. Die Motive rechtfertigen die Bestimmung damit, daß die Verpfändung besser kundbar gemacht und den Gefahren „einer generellen, eine Mehrheit von Forderungen in einer Bezeichnung begreifenden Verpfändung" vorgebeugt werden soll. Es ist nicht abzusehen, welchen Zweck die bessere Kundbarmachung haben und welche größere Gefahren die generelle Verpfändung vor der generellen Abtretung haben soll. Ist das generelle Rechtsgeschäft, Abtretung oder Verpfändung, so generell, daß sich nicht erkennen läßt, was dessen Gegenstand eigentlich gewesen, so ist es gültig nicht zu Stande gekommen, ist es nicht so generell und gültig zu Stande gekommen, so wird das Rechtsgeschäft durch die nothwendige Anzeige an die Schuldner nicht ungefährlicher, sondern nur mehr erschwert, ohne daß ein Grund vorliegt, die Verpfändung mehr zu erschweren als die vollständige Abtretung. Die Gründe, welche gegen das constitutum beim Faustpfandrecht vorgebracht wurden, können hier gar nicht gelten, weil bedenkliche Verpfändungen nicht verhindert, sondern nur, und zwar bei der gesetzlich nothwendigen Mithülfe des Verpfänders ganz unbedeutend, erschwert werden, da aber, wo die Benachrichtigung überhaupt unthunlich erscheint, die Verpfändung einfach durch die Abtretung ersetzt werden kann. Dem Prozeßrecht (§ 730 C. P. O.) und Konkursrecht (§ 15 Einf. Gesetz) zu lieb sollte das Gesetzbuch einen wohlbegründeten Rechtssatz nicht durchlöchern. Es gilt das auch von § 294 Absatz 3, welcher abweichend von dem für die Abtretung aufgestellten Grundsatz für die Uebertragung im Zwangsvollstreckungsverfahren wieder die Mittheilung

an den Drittschuldner erfordert. Prozeßrecht und Konkursrecht sollten vielmehr mit den wohlerwogenen Grundsätzen des neuen Gesetzbuchs in Einklang gebracht werden.

Man könnte sich ja mit dem erschwerenden Erforderniß einverstanden erklären, wenn es an sich zweckmäßig oder wenigstens unbedenklich wäre. Aber das ist es nicht. Denn zunächst hat der Gläubiger, auch wenn der Pfandvertrag fertig geworden, es vollständig in der Hand, das beabsichtigte Pfandrecht wirksam werden zu lassen oder nicht oder den Eintritt der Wirksamkeit hinauszuschieben, da er ja die Anzeige bewirken muß. Der Pfandgläubiger ist daher nicht eher gesichert durch das Pfandrecht und wird nicht früher seine etwaige Gegenleistung machen können, als ihm der Nachweis erbracht ist, daß die Anzeige entsprechend den Bestimmungen in § 74—76 erfolgt ist. Liegen hierin schon für einen nicht ganz vorsichtigen Pfandgläubiger erhebliche Gefahren, so ist die Umständlichkeit der Verpfändung selbst deshalb so unzweckmäßig, weil in den meisten Fällen sowohl der Schuldner, welcher verpfänden will, als der Gläubiger, welchem die Sicherheit bestellt werden soll, an thunlichst schneller Begründung des Pfandrechts das größte Interesse haben. Auch hier besteht deshalb wieder die Befürchtung, daß durch solche Erschwerungen die Parteien ohne alle Noth zu einem andern Rechtsgeschäft, der einfachern völligen Abtretung, gedrängt werden.

Schon oben bei § 1150 war erwähnt, daß nach § 1067 Ziffer 5 bei der Hypothek dem Gläubiger insbesondere auch die Forderungen des Eigenthümers aus der Versicherung verpfändeter Gebäude haften und war auch für das Faustpfandrecht eine Erweiterung der pfandrechtlichen Haftung gewünscht worden. Nach dem schon erwähnten Grundsatz der Surrogirung würde das Recht des Pfandgläubigers an der so neu entstehenden Forderung doch als Pfandrecht anzusehen sein, nach der Bestimmung des § 1211 aber dann nicht früher wirksam werden können, als bis der Eigenthümer die Anzeige an seinen Schuldner bewirkt hätte. Es springt sofort in die Augen, wie völlig unzweckmäßig dies sein und von wie zweifelhaftem Werth die hypothekarische und bezüglich pfandrechtliche Haftung dann sein würde, wenn sie nicht sofort mit Entstehen der Forderung selbst eintreten könnte. Natürlich hat der Entwurf das bei § 1067 Ziffer 5 sehr wohl erkannt und auf die Forderung aus der Gebäudeversicherung, bei der sich ein bloßes Beschlagnahmerecht als verfehlt erweisen würde (Motive S. 667 § 1070), die Vorschriften der §§ 303—306 für

entsprechend anwendbar erklärt. Damit ist jedoch wieder der Grundsatz des § 1211 verlassen und dem offenbaren Bedürfniß des Verkehrs Rechnung tragend es so geordnet, daß die Haftung jener Forderung ganz entsprechend den Grundsätzen der Uebertragung eines Rechts beginnt. Daß nur für das vertragsmäßige Pfandrecht an der Forderung die Anzeige an den Schuldner zur Entstehung erforderlich, für das durch Rechtssatz entstehende Pfandrecht aber nicht erforderlich sein soll, ist jedenfalls eine Ungleichheit, welche besser vermieden würde.

Weshalb aber nicht wenigstens der Anzeige des Verpfänders die Vorlegung der Pfandurkunde durch den Pfandgläubiger wie § 306 Absatz 2 gleichstehen soll, dafür ist ein Grund nicht ersichtlich.

Die Eigenthümer-Hypothek und Eigenthümer-Grundschuld.[1]

Von Dr. **Hermann Staub**, Rechtsanwalt in Berlin.

I.

Soviel auch über dieses Schmerzenskind der Jurisprudenz schon geschrieben und gestritten worden ist, und so unerquicklich es auch erscheinen mag, dies viel beackerte und doch unfruchtbar erscheinende Feld von neuem zu betreten, es hilft nichts: der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs fordert gebieterisch dazu heraus. Denn wenn so Mancher erwartet haben mag, daß es den Redaktoren des bürgerlichen Gesetzbuchs gelingen werde, diesen Zankapfel der juristischen Theorie, diese crux der gerichtlichen Praxis für immer zu beseitigen und den in Frage kommenden Bedürfnissen des Rechtsverkehrs auf andere Weise Rechnung zu tragen, er ist in seinen Erwartungen getäuscht. Der Entwurf will der Eigenthümerhypothek zu neuem Leben verhelfen. Einen Ersatz dafür giebt es also nach Ansicht der Redaktoren nicht.

Ist dem wirklich so? Ist ein neuer Gesetzgeber berechtigt, die Eigenthümerhypothek von neuem zu etabliren? Läßt sich wirklich kein Ersatz dafür schaffen?

Ich verneine diese Fragen. Die Eigenthümerhypothek darf nicht von Neuem in das Gesetz aufgenommen werden. Denn sie ist eine juristische Unmöglichkeit. Es genügt nicht, daß die Motive über die bisherige Vergeblichkeit der zahlreichen Versuche, das Institut juristisch zu konstruiren, sich mit der Bemerkung hinwegsetzen, daß die juristische Konstruktion nicht Aufgabe des Gesetzes, sondern der Rechtswissen-

[1] Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung §§ 1094—1102 und Motive dazu.

schaft sei.[2]) Schon das ist für einen Gesetzgeber verfehlt, ein Institut gesetzlich einzuführen, dessen juristische Konstruktion ihm selbst nicht klar ist. Aber die Hauptsache ist, daß es sich bei der Eigenthümerhypothek garnicht mehr um ein der Lösung harrendes Problem handelt. Nur der kann von einem Problem noch sprechen, der sich gewaltsam der Einsicht verschließt, daß hier ein juristischer Nonsens vorliegt.

In der That ein Nonsens. Denn zum ureigensten Wesen eines jeden Pfandrechts gehört es, daß eine fremde Sache als Sicherheit haftet. Das ist so selbstverständlich, daß das allgemeine Landrecht kein Bedenken getragen hat, dieses Moment in seine Definition aufzunehmen (§ 1 I 20) und es ist noch Niemandem beigefallen, zu sagen, daß das Landrecht hier an einem Grundirrthum leide. Meine eigene Sache kann mir keine Sicherheit dafür sein, daß ich eine Summe, die mir ein Dritter schuldet, von diesem erhalte. Ueber meine eigene Sache kann ich auch ohnedies nach Belieben verfügen.

Wie man auch den materiellen Inhalt der Hypothek auffassen möge, sei es als Zahlungspflicht, oder als Pflicht, die Zwangsvollstreckung zu dulden, oder endlich als Pflicht, die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zu dulden[3]), jede dieser Konstruktionen setzt das Recht an fremder Sache begrifflich voraus. Denn gegen mich selbst kann ich keine Zahlungspflicht, gegen mich kein Recht auf Zwangsvollstreckung haben, gegen mich selbst kann ich nicht die Verpflichtung haben, die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung meines Grundstücks zu dulden.

Eine Hypothek des Eigenthümers an seinem eigenen Grundstücke ist hiernach ein Widerspruch in sich selbst: ein jus in re aliena, haftend an der eigenen Sache!

Nun verkennt allerdings der Entwurf nicht, daß man gegen sich selbst kein Zwangsvollstreckungsrecht, gegen sich selbst nicht die Verpflichtung haben kann, die Zwangsversteigerung zu dulden und deshalb ist auch dieses Recht dem Besitzer der Eigenthümerhypothek versagt. Da nun aber nach § 1075 des Entwurfs das Recht auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung den eigentlichen Inhalt der Hypothek bildet, so kann die Rechtsmacht, die dem Grundstückseigen-

[2]) Motive Band III. S. 205 zu § 835 des Entwurfs.

[3]) Vergleiche über diese verschiedenen Theorien meinen Aufsatz bei Gruchot Band 27 S. 707; sowie Falkmann in der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß Bd. 10 S. 374.

thümer verbleibt, eine Hypothek nicht sein. Sie dennoch als Hypothek zu bezeichnen, ist eine bewußte Unrichtigkeit, die unzulässig bleibt. Man wird einwenden (vergl. Motive Seite 205): der Eigenthümer könne ja über die Hypothek verfügen, er könne sie abtreten, und diese Dispositionsbefugniß ist ja auch grade der Grund des ganzen Rechtsinstituts.

Allein was man nicht hat, kann man nicht abtreten. Der Eigenthümer kann eine Hypothek an seinem Grundstücke wohl bestellen, aber er kann keine besitzen und daher auch nicht Hypothekenrechte übertragen.

Die Motive wenden hiergegen wieder ein, daß nach dem System des Entwurfs ja auch auf den Tilgungseinwand dem redlichen Hypothekenerwerber gegenüber keine Rücksicht genommen werde.

Nach dem Satze: Was man nicht hat, kann man nicht abtreten, würde das unmöglich sein. Wie dieses, sei auch jenes möglich. Allein die Fälle sind verschieden. Beim redlichen Erwerbe einer getilgten Hypothek liegt die Sache allerdings so, daß die Hypothek bezahlt ist und der Hypothekengläubiger eigentlich das Recht nicht mehr hat. Allein hier hat es das positive Recht in der Hand, die Thatsache der Zahlung hinweg zu fingiren, und durch diese Fiktion wird der juristische Fortbestand der Hypothek möglich gemacht.

Anders bei der Eigenthümerhypothek. Hier liegt die Sache nicht blos so, daß der Eigenthümer das Recht nicht hat, sondern so, daß er es auch begrifflich nicht haben kann. Das positive Recht kann mit seinen Fiktionen wohl Thatsachen hinweg- oder hinzu fingiren, soweit aber reicht keine Fiktion, daß sie logisch Unmögliches möglich machen kann. An dem Felsen der Logik scheitert die Macht des Gesetzes. Da es logisch unmöglich ist, daß man an seiner eigenen Sache eine Hypothek haben kann, so ist es dem Eigenthümer logisch unmöglich, eine Hypothek an seiner eigenen Sache auf einen anderen zu übertragen. Der Rechtsakt, der dem Erwerber das Hypothekenrecht an dem Grundstücke verschafft, kann vielmehr nichts anderes als eine Konstituirung von Hypothekenrechten, keine Cession sein; ihn dennoch Cession zu nennen, ist wiederum eine bewußte Unrichtigkeit.

Bei der Gestaltung der Eigenthümerhypothek durch den Entwurf, als Hypothek ohne Forderung, kommt hinzu, daß dieselbe noch in weiterer Hinsicht begriffswidrig ist. Die Motive sagen selbst (Seite 723), daß die Forderung nicht blos Bedingung, sondern Begriffselement der Hypothek ist. Der Hypothek ohne Forderung fehlt nach diesem

eigenen Ausspruch der Motive ein Begriffselement. Der Name „Hypothek" ist daher, da die Art die Merkmale der Gattung haben muß, wiederum eine bewußte Unwahrheit.

So setzt sich die sogenannte Eigenthümerhypothek auf Schritt und Tritt in Widerspruch mit dem Wesen der Hypothek und die Aussicht, sie jemals mit diesem Wesen in Einklang zu bringen, sie jemals juristisch zu konstruiren, ist ebenso vergeblich, wie es keinem Chemiker je gelingen wird, hölzernes Eisen zu erfinden.

Ein solches widerspruchsvolles Rechtsgebilde darf in die Zeit des neuen einheitlichen deutschen Rechts nicht hinüber genommen werden; es wäre traurig um die Jurisprudenz bestellt, wenn ihre Konsequenzen unabweislich auf die Beibehaltung einer solchen Mißgestaltung hindrängten.

II.

Worum handelt es sich denn eigentlich bei diesem ganzen Institut? Es soll dem zahlenden Grundeigenthümer die Möglichkeit gewährt werden, den Rang der bezahlten Hypothek zu neuem Grundkredit auszunutzen. Zur Erreichung dieses Effekts muß juristisch ein Mittel gefunden werden, um das mit dem Löschen einer Hypothek verbundene „Vorrücken" der nachfolgenden Hypotheken zu verhindern. Dieses Mittel bietet der Entwurf in der in der Hand des Eigenthümers fortbestehenden Hypothek.

Der Gesetzgeber giebt sich also das Räthsel auf: Wie verhindere ich das Vorrücken der nachfolgenden Hypotheken beim Wegfall einer Post? und löst es durch ein noch größeres Räthsel, indem er sich eine Hypothek am eigenen Grundstück zurecht zu legen bemüht. Wie aber wenn das erste Räthsel garnicht existirte? wenn das Dogma des unvermeidlichen Vorrückens, dem beizukommen dieses legislatorische Bemühen gewidmet ist, garnicht wahr wäre?

Unserer Ansicht nach hat der neue Gesetzgeber es in der Hand, das „Vorrücken" mit all den Schwierigkeiten, die es im Gefolge hat, auf sehr einfache Weise zu beseitigen. Er braucht nur durch eine positive Vorschrift zu bestimmen, daß beim Löschen einer Post die nachfolgenden Hypotheken **nicht** vorrücken. Mit dem Wesen der Hypothek würde diese Vorschrift durchaus harmoniren.

Denn mit Unrecht wird der Satz vom Vorrücken der Nachhypotheken als unbezwingbares Dogma betrachtet. Der Satz wird nicht bewiesen, sondern ohne Beweis gepredigt. Auch die Motive

stellen ihn als kategorischen Imperativ hin, der „aus dem Begriff der Hypothek folge." (S. 773.)

Allein was bedeutet es denn, wenn der Grundstückseigenthümer sein Grundstück zunächst mit einer Hypothek von 1 000 Mark für A., und sodann mit einer solchen von 1 000 Mark für B. belastet?

Der Grundstückseigenthümer will damit sagen:

Dir A. verpfände ich das Grundstück derart und mit der Maßgabe, daß die bei der Verwerthung zu erzielenden ersten 1 000 Mark Dir zufallen sollen; Dir B. verpfände ich das Grundstück derart oder mit der Maßgabe, daß die bei der Verwerthung zu erzielenden zweiten 1 000 Mark Dir zufallen sollen. Es steht, wenn man Bedenken trägt, der die zweite Hypothek betreffenden Erklärung ohne weiteres diese unwandelbare Bedeutung beizulegen, mindestens nichts entgegen, daß ein neuer Gesetzgeber durch positive Vorschrift bestimmt, daß er die betreffende Erklärung so und immer nur so gedeutet wissen will. Und diese positive Vorschrift würde in dem Satze liegen, daß die Nachhypotheken nicht vorrücken. Der Rechtszustand würde sich dann wie folgt gestalten. Wenn die erste Hypothek fortfällt, so würde das Grundstück eben aufhören so belastet zu sein, daß die bei der Verwerthung zu erzielenden ersten 1 000 Mark einer dritten Person, dem A. zufallen. Es würde vielmehr nur noch so belastet sein, daß die zweiten 1 000 Mark einer fremden Person, nämlich B. zufallen.

Die Verpfändungserklärung, durch welche die zweite Hypothek bestellt wurde, würde dann genau so wirken, wie sie beabsichtigt und abgegeben war. Warum sollte sie, zumal wenn das Gesetz es so anordnete, nicht so wirken können? Warum sollte sie beim Wegfall der ersten Hypothek, also eines außerhalb ihr liegenden Umstandes, plötzlich eine andere, höhere Wirkung haben müssen, ohne die Absicht der erklärenden Personen, ja vielleicht gegen diese Absicht und dem Gesetz zum Trotz? Dies wäre nur dann möglich, wenn das sog. „Vorrücken" auf unabweislicher Naturnothwendigkeit beruhte. Ob dieses der Fall ist, soll eine Prüfung der für das nothwendige Vorrücken vorgebrachten Gründe ergeben.

Der Gedanke des naturnothwendigen Vorrückens wird durch die Vorstellung des Grundbuchs und seiner äußeren Einrichtung erzeugt. Dort im Grundbuche erscheinen die Hypotheken wohl geordnet, jede an einem bestimmten Platze, jede mit einer Nummer versehen, wie eine in Parade aufgestellte Soldatenreihe stehen sie da und lassen

wie diese keine Lücke zu: in die entstehende Lücke springt im Moment der Hintermann ein, damit die Symmetrie nicht leide.

Allein man übersieht hierbei, daß die Grundbuchseintragungen nicht identisch mit den Rechten sind, daß in der grundbuchmäßigen Gruppirung der Pfandrechte nach Zahl und Platz nur die verschiedene materielle Kraft der einzelnen Pfandrechte veranschaulicht werden soll. Aber es darf die äußere Form nicht mit dem Wesen der Sache verwechselt werden.

Zahl und Platz und der durch beide gebildete Rang, das sind die drei Begriffe, die die Vorstellung der Gegner gebannt halten. Jedem dieser drei Begriffe wird ein Argument für die Naturnothwendigkeit des Vorrückens entlehnt.

1. Die Zahl. Man sagt: Wenn die erste Hypothek fortfällt, dann ist es selbstverständlich, daß die bisherige zweite Hypothek die erste wird.

Nun gut, dann mag die zweite die erste werden. Aber mit diesem Zahlenspiel ist nichts gewonnen. Gehen wir dem materiellen Inhalt dieser sogenannten zweiten Hypothek, wie er sich nach der hier in Vorschlag gebrachten Vorschrift darstellt, auf den Grund, dann besteht er darin, daß dem Gläubiger B. das Grundstück derart verpfändet werden soll, daß die zweiten 1 000 Mark ihm zufallen sollen. Diesen materiellen Inhalt kann diese Hypothek behalten, ob die Hypothek Nr. 1 noch vorhanden ist oder nicht.

Giebt es keine Hypothek Nr. 1, dann ist eben das Grundstück von jetzt ab mit einer Belastung der Art, daß die ersten 1 000 Mark einem Dritten zufallen, nicht behaftet. Die Vorstellung, daß die Hypothek Nr. 2 nothwendig zur Hypothek Nr. 1 avanciren, und die Kraft und Bedeutung derselben in sich aufnehmen muß, wenn die letztere fortfällt, mag militärisch oder ästhetisch anheimeln, der juristischen Konsequenz ist sie nicht entlehnt.

2. Der Platz. Man sagt: „Der leere locus sei ein Nichts, über welches zu disponiren unmöglich erscheint" (Motive S. 737). Wie der Grund zu 1 an der Vorstellung der Zahl haftet, haftet dieses Argument an der Vorstellung des Platzes, auf welchem die eingetragene Hypothek im Grundbuche erscheint. Gewiß ist der locus an sich ein leeres Nichts. Das ist gerade oben genugsam betont. Aber es übersehen die Gegner, was die leere Stelle bedeuten soll. Die leere Stelle im Grundbuche bedeutet, daß das Grundstück insoweit nicht belastet ist. Ueber das Grundstück, das insoweit nicht belastet

ist, kann man durch eine neue Belastung insoweit verfügen. Nicht über den locus, sondern über das Grundstück wird verfügt.

3. Der Rang. Zahl und Platz geben der Hypothek den Rang. An dieser äußerlichen Vorstellung des Ranges haftet das dritte Argument: „daß es ein noch ungelöstes Problem sei, wie man sich rechtlich die mit der Verfügung über die Stelle verbundene Trennung des Ranges von der Hypothek und die Uebertragung desselben auf eine andere Hypothek denken soll." (Motive S. 204.) Es ist nicht ersichtlich, warum es problematisch sein soll, einen „Rang von der Hypothek zu trennen". Vielleicht stört auch dies die Symmetrie. Drückt man aber den Vorgang juristisch aus und ohne das Bild vom Range, so besteht er darin, daß das Grundstück von Neuem so belastet wird, daß die ersten 1000 Mark dem C. zufallen, nachdem dieselbe Belastung, die zu Gunsten des A. bestanden hat, fortgefallen ist. Warum dies nicht möglich oder auch nur problematisch sein soll, ist nicht ersichtlich.

So erscheinen alle Argumente lediglich der äußeren Erscheinung entlehnt, und werden durch Betrachtung des Wesens der Sache widerlegt.

Aber ein viertes Argument wird gemacht, das in der That dem Wesen der Sache entlehnt wird.

Man sagt: das Pfandrecht ergreife das ganze Grundstück, nicht eine einzelne Werthparzelle; daraus ergebe sich das Vorrücken der zweiten Hypothek von selbst, denn auch diese ergreife ja das ganze Grundstück, und sei in ihrer Bethätigung durch die erste nicht mehr behindert, wenn diese fortfällt.

Der Satz selbst oder wenn man will, die Theorie, daß das Pfandrecht das ganze Grundstück ergreift, wird als richtig zugegeben. Aber ihre Bedeutung ist verkannt, wenn man aus ihr das unvermeidliche Vorrücken folgert. Gewiß ergreift die Hypothek das ganze Grundstück. Der Satz bedeutet: daß das ganze Grundstück mit allen seinen Theilen, mit allen An- und Zuwüchsen und allem Zubehör dafür haftet, daß die dem B. gegebene Verpfändungserklärung erfüllt werde, also nach unserer Vorschrift dafür, daß die bei der Verwerthung zu erzielenden zweiten 1000 Mark dem B. zufallen. So präzisirt, hat der Satz das Vorrücken der Nachhypotheken nicht zur Folge.

Es ist also dieses Ergebniß, wie eben gezeigt ist und ausdrücklich betont werden soll, nicht auf irgend welcher Werthsquoten- oder

Werthsparzellentheorie, — wonach dem Pfandgläubiger nur ein Werthstheil haften soll — aufgebaut. Vielmehr wird dem Satze, daß das ganze Grundstück für das Pfand haftet, wie gezeigt, sein volles Recht. Das hier gewonnene Ergebniß beruht vielmehr auf der Präzisirung des Inhalts der Bestellung späterer Hypotheken und dem unverrückbaren Festhalten an der erfolgten Präzisirung.[4])

Kann aber nach diesem Ergebnisse das Vorrücken der Nachhypotheken durch eine positive Vorschrift verhindert werden, so wird die Eigenthümerhypothek überflüssig. Ihre Mission wird dadurch erfüllt, daß der Eigenthümer an der sogenannten „freien Stelle" eine neue Hypothek bestellen kann.

III.

Wie einfach und klar die Verhältnisse sich unter der Herrschaft eines solchen Rechtszustandes gestalten würden, wie widerspruchsvoll und unklar dagegen unter der Herrschaft der Eigenthümerhypothek, das ergiebt im Einzelnen eine vergleichende Betrachtung.

1. Der zahlende Eigenthümer ist nicht zugleich der persönliche Schuldner (§ 1094 des Entwurfs). Das Rechtsbedürfniß erfordert es, dem Eigenthümer die Vortheile dieser Zahlung derart zu Gute kommen zu lassen, daß er sich neuen Kredit mit derselben Sicherheit verschafft.

Das System der Eigenthümerhypothek sucht diesen Zweck dadurch zu erreichen, daß es die Forderung mit der Hypothek auf den zahlenden Eigenthümer übergehen läßt. Der zahlende Eigenthümer hat also durch die Zahlung eine Forderung gegen einen Andern erworben und zur Sicherheit für diese Forderung ist ihm seine eigene Sache verpfändet.

Nach der hier vertheidigten Theorie der freien Stellen geht die bezahlte Forderung auf den Zahlenden über, außerdem wird die Hypothek löschungsreif. Der Eigenthümer ist berechtigt, das Grundstück nunmehr in derselben Weise zu verpfänden, wie es für den eben befriedigten Gläubiger verpfändet war.

[4]) In Konsequenz der hier in Vorschlag gebrachten Vorschrift wird der § 1102 des Entwurfs in sein gerades Gegentheil abgeändert werden müssen. Dieser § untersagt die Eintragung einer Hypothek an Stelle einer gelöschten. Nach diesseitigem Vorschlage ist sie gestattet. Das ist ja gerade die praktische Folge gegenwärtiger Ausführungen. Freilich wird ein Verzicht auf die Wiedereintragung zuzulassen sein, dessen Eintragung das Vorrücken der Nachhypotheken bewirken würde, wenn der Gesetzgeber es so bestimmen will.

Will er hierbei nur dinglich verhaftet bleiben, so steht dem nichts entgegen: er cedirt die auf ihn übergegangene persönliche Forderung und verpfändet zur Sicherheit für diese Forderung sein Grundstück mit dem Range der für ihn frei gewordenen Stelle, d. h. in derselben Weise, wie für den eben befriedigten Gläubiger. Das ist einfach und klar, nirgends Kunst und nirgends Widerspruch.

2. Ist der zahlende Eigenthümer zugleich der persönliche Schuldner, dann kann sich der Entwurf gar nicht anders helfen, als daß er die persönliche Forderung untergehen und nur die Hypothek fortbestehen läßt, aber auch diese ohne die Befugniß zur Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

Man bedenke: der Inhalt der Hypothek ist nach dem Entwurf (§§ 1062 und 1075) das zur Sicherung für eine persönliche Forderung eingeräumte Recht auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, und nun fällt fort: 1. die persönliche Forderung, 2. das Recht auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Eine Darlehnshypothek ohne Darlehnsforderung und ohne das Recht auf Zwangsverwerthung!

Würde man das so konstruirte Rechtsgebilde einen Krüppel nennen, so würde man ihm unverdient schmeicheln. Zum Krüppel fehlt ihm Fleisch und Bein, das ist ein an die Wand gemalter Schatten, ein Messer ohne Stiel und Klinge.

Nach dem System der freien Stellen dagegen würde der zahlende Eigenthümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, von seiner Schuld und zugleich von seiner Grundstückshaftung frei geworden und nunmehr in der Lage sein, die Hypothekenforderung auf seinem Grundstücke löschen und eine neue Hypothek an deren Stelle eintragen zu lassen.

Auch in allen übrigen Konstellationen trifft es zu, daß die Theorie der freien Stellen in klarer und juristisch konsequenter Weise die Verhältnisse regelt und dabei dieselben Vortheile gewährt, die die Eigenthümerhypothek in juristischen Schlangenwindungen zu gewähren versucht.

Wollen z. B. die persönlichen Gläubiger die Vortheile der Hypothekenzahlung für sich verwerthen, so mögen sie sich das Recht, die bezahlte Hypothek zu löschen und dafür eine neue eintragen zu lassen, für sich pfänden und sich überweisen lassen. Das ist ein klarer Vorgang und hat denselben Effekt, wie die Beschlagnahme der Eigenthümerhypothek, des Pfandrechts gegen sich selbst.

Auch in den einzigen beiden Fällen, in denen nach den Motiven die freien Stellen nicht die gleichen Vortheile gewähren sollen, wie die Eigenthümerhypothek, trifft dies nicht zu.

Die Motive (S. 835) sagen: „Insoweit leistet mithin die Offenhaltung der Stellen mindestens dasselbe wie die Eigenthümerhypothek. Aber wenn das Kreditbedürfniß nicht sogleich hervortritt oder zunächst vergeblich nach Befriedigung ringt, dann zeigt sich die günstigere Position, welche die Eigenthümerhypothek verbürgt. Die Verfügung über die Stelle geht dem Eigenthümer und dessen Gläubigern verloren, wenn das Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird. Es tritt dann also zu Gunsten der nacheingetragenen Rechte der Erfolg ein, dessen Unbilligkeit gekennzeichnet ist. Wenn dagegen der Eigenthümer freiwillig das Eigenthum an einen andern abtritt, so ermächtigt ihn die offene Stelle nicht, sich wegen des etwaigen Kaufgelderrückstandes mit ihrem Range eine Hypothek vorzubehalten, weil die Verfügung über sie auf den Erwerber des Grundstücks übergeht. Alle diese Dienste leistet die Eigenthümerhypothek."

Allein was zunächst den freiwilligen Verkauf anbetrifft, so haben ja die Kontrahenten es in der Hand, im Kaufvertrage zu bestimmen, daß der Erwerber die Restkaufgelderhypothek an der freien Stelle einträgt, und es braucht ja der Veräußerer, wie das immer geschieht, die Auflassungserklärung nur Zug um Zug mit der Bestellung dieser Hypothek abzugeben.

Eine besondere Sicherung dafür, daß die Restkaufgelder wirklich wie vereinbart eingetragen werden, hat sich bisher niemals als Bedürfniß herausgestellt.

Bei der Zwangsversteigerung aber hat es der Gesetzgeber in der Hand zu bestimmen, wem der Vortheil der freien Stellen verbleiben soll, ob dem Ersteher oder dem Subhastaten bezw. seinen persönlichen Gläubigern. Das Institut um deshalb zu verwerfen, weil an sich ohne besondere Bestimmung die freie Stelle zur Verwerthung für den Subhastaten ungeeignet erscheinen möchte, ist nicht gerechtfertigt.

Auch das sei noch erwähnt, daß, wenn die Eigenthümerhypothek den Vortheil gewährt, daß einer einzelnen der auf dem Grundstücke haftenden Hypotheken der Vorrang vor der Eigenthümerhypothek eingeräumt werden kann, die freien Stellen diesen Vortheil ganz ebenso gewähren. Denn wenn der Eigenthümer das Recht hat, eine Hypothek

mit diesem Range künftig zu bestellen, so kann ihm auch das Recht nicht versagt werden, einer bereits bestehenden Hypothek den Vorrang vor dieser künftig zu bestellenden Hypothek einzuräumen; und es paßt eine solche Rechtsgestaltung durchaus in den Rahmen des Entwurfs, da dieser in § 842 dem Eigenthümer das Recht giebt, einer künftig zu bestellenden Hypothek den Vorrang vor einer entstehenden einzuräumen.

Die zuletzt erwähnte, schon von der früheren Doctrin anerkannte, von dem Entwurf sanktionirte Möglichkeit, einer künftig zu bestellenden Hypothek den Vorrang vor einer entstehenden einzuräumen, steht übrigens mit unserer Grundanschauung im engsten Zusammenhange und ist, wenn man sie weiter ausbaut, geeignet, auch die Eigenthümergrundschuld zu ersetzen. Zwar leugnen die Motive, daß diese Vorschrift mit dem Institut der freien Stellen etwas zu thun habe. Jedoch vergeblich. Denn eine solche Vorrechtseinräumung bedeutet juristisch nichts anderes als:

Dir B. verpfände ich das Grundstück mit der Maßgabe, daß erst die zweiten 1000 Mark Dir zufallen sollen. Das Recht, das Grundstück so zu belasten, daß die ersten 1000 Mark einem Andern zufallen, will ich mir hiermit wahren.

Das deckt sich vollständig mit unseren Anschauungen.

Es ist damit anerkannt, daß eine zweite Hypothek bestehen kann, ohne das eine erste Hypothek besteht; daß das Grundstück so belastet werden kann, daß die zweiten 1000 Mark einem Dritten zufallen, ohne daß es gleichzeitig so belastet ist, daß die ersten 1000 Mark einem Andern zufallen.

Hält man dies fest, dann ist auch die Eigenthümergrundschuld d. h. die Grundschuld, die der Eigenthümer für sich selbst bestellt, um sich gerade diese Stelle zu sichern, überflüssig. Der Eigenthümer erreicht denselben Zweck, wenn er in Abtheilung III unter Nr. 1 sich eine freie Stelle eintragen läßt — wie man diese freie Stelle nennt, ist gleichgültig, vielleicht ist „Vorbehalt" der passende Name —. Dadurch giebt er Jedermann kund und zu wissen, daß er das Grundstück zunächst nicht so belasten will, daß die ersten 1000 Mark einer dritten Person zufallen. Die unter Nr. 2 eingetragene Post hat dann den beschränkten Inhalt, daß die zweiten 1000 Mark einem Dritten zufallen. An der für eine spätere Eintragung vorbehaltenen freien Stelle kann sich dann der Eigenthümer eine Hypothek oder Grundschuld, je nachdem er sich das eine oder das andere, oder beides vorbehalten hat, eintragen lassen.

Durch einen solchen Vorbehalt wird zweierlei erreicht und beides ist wichtig. Einmal verschwindet ein zweiter juristischer Nonsens.

Denn auch die Eigenthümergrundschuld ist ein solcher. Niemand kann sich selbst etwas schuldig sein. Von sich selbst kann der Eigenthümer nichts zu fordern haben, sein eigenes Grundstück kann ihm nicht verhaftet sein.

Der zweite Vortheil liegt darin, daß die freie Stelle wie für eine später eingetragene Grundschuld, so auch für eine später einzutragende Hypothek ein für allemal so gesichert werden kann, daß alle späteren Posten ihr nachgehen. Es wird also das erreicht, wozu die Eigenthümerhypothek für absolut ungeeignet erachtet wird, nämlich zur Offenhaltung für eine künftige Hypothek an einer bisher nicht belasteten Stelle.

Befriedigt hiernach die hier vertretene Theorie der freien Stellen einerseits alle fraglichen Verkehrsbedürfnisse, ja noch mehr als die Eigenthümerhypothek, und entspricht sie gleichzeitig der juristischen Logik, so ist es dringend wünschenswerth, daß das widerspruchsvolle und jeder juristischen Konstruktion spottende Institut der Eigenthümerhypothek endlich aufgegeben werde. Durch ein juristisches Mißgebilde darf man nicht mit Gewalt Verhältnisse regeln wollen, die sich klar und einfach auch anders regeln lassen.

Die elterliche Gewalt und das bürgerliche Gesetzbuch.

Von Rechtsanwalt Dr. **Ludwig Fuld** in Mainz.

Die Verschiedenheiten in den sittlichen Anschauungen des deutschen und römischen Volkes sind vielleicht bei keinem Theile des bürgerlichen Rechtes so einflußreich und bedeutsam, wie bei der Regelung des zwischen Eltern und Kindern bestehenden Rechtsverhältnisses. Dem römischen Recht ist die Auffassung des deutschen, daß die dem Vater zustehende Gewalt nicht sowohl ein Recht wie eine in die Rechtsform gekleidete Pflicht sei, unbekannt; der pater familias, welcher in seiner Familie mit fast unbeschränkten Befugnissen gegenüber den seiner Gewalt unterworfenen Personen ausgestattet ist, besitzt in der patria potestas ein ihm als römischem Bürger zustehendes Recht, welches keineswegs lediglich als das Gegenstück einer entsprechenden sittlichen Verpflichtung erscheint. Demgemäß ist auch die Stellung der Hauskinder im Verhältniß zu dem Vater nach römischem Rechte eine sehr wenig befriedigende. Wenn auch wegen Mißbrauchs die Entziehung der väterlichen Rechte statthaft ist (Windscheid, Pandekten II, §§ 514, 525) so genügt diese Möglichkeit doch selbstverständlich nicht, um das Kind gegen eine nachtheilige Anwendung der in der Gewalt enthaltenen Befugnisse zu schützen. Die neueren Gesetzbücher haben sich deshalb in dieser Beziehung von dem Vorbilde des römischen Rechtes bald mehr bald minder entfernt und der germanischen Rechtsüberzeugung in größerem oder geringerem Umfange Eingang in ihre Vorschriften verschafft. Am meisten Verwandschaft mit dem römischen Recht weist bezüglich dieses Gegenstandes der code civil auf, dessen dahin gehörige Satzungen längst allgemein als

unzureichend erkannt worden sind. Für die Beurtheilung der Stellung, welche der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich zu der Regelung der elterlichen Gewalt einnimmt, sind die bei Berathung des code im Schooße des Staatsraths gepflogenen Verhandlungen äußerst interessant und es mag um so mehr gestattet sein, derselben mit einem Worte zu gedenken, als auch vom kulturgeschichtlichen Standpunkte die Thatsache Beachtung verdient, daß der erste Consul und spätere Kaiser sich in bemerkenswerther und für den Imperator bezeichnender Weise über die zur Berathung gelangende Frage ausließ.

Bei der Einzelerörterung warf derselbe die Frage auf, ob es nicht angemessen sei, die väterliche Gewalt durch ein besonderes Gesetz zu regeln und meinte, ein solches Gesetz müsse die Verhältnisse des Kindes von der Geburt an ordnen, es müsse sagen, wie man für seine Erziehung, seine Ausbildung zu einem Berufe zu sorgen habe und dgl. Von besonderer Wichtigkeit schien dem ersten Consul der Punkt der Erziehung zu sein, denn er stellte die Frage, ob, wenn der Vater dem Sohne eine schlechte Erziehung gebe, der Großvater befugt sei, ihm eine bessere zu geben. Da die Ansichten der Mitglieder des Staatsrathes hierüber verschieden waren, indem dieselbe theils bejaht, theils verneint wurde, bemerkte Napoleon, daß der Entwurf viele Punkte unentschieden lasse, welche zu entscheiden gleichwohl im Interesse des Staates wichtig sei. So wisse man beispielsweise nicht, ob ein Sohn, der in das Alter der Unterscheidungsfähigkeit eingetreten sei und von seinem Vater keine seinem Vermögen angemessene Erziehung erhalte, eine bessere Erziehung verlangen könne? Der Consul meinte, es sei vielleicht nothwendig, zwischen der Erziehung der Söhne und Töchter zu unterscheiden und der Mutter einige Rechte zu gewähren, wenn die Sitten des Vaters ungeregelt seien. Ein Eingehen auf diese Einzelfragen wurde indessen nicht für angezeigt gehalten, weil man, wie bemerkt, die umfassende Regelung aller der elterlichen Gewalt angehörigen Rechte durch ein Sondergesetz im Auge hatte; dieses Gesetz wurde nicht erlassen, und daher bestehen bezüglich der wichtigsten Einzelfragen dieses Gegenstandes im Gebiete des französischen Rechtes die größten Zweifel, wie beispielsweise darüber, ob eine Entziehung der Rechte der väterlichen Gewalt überhaupt statthaft ist.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich hat sich nun mit Entschiedenheit, unter Anschluß an das

preußische Landrecht, auf den Boden der deutschrechtlichen Auffassung gestellt und durch die Normirung im Einzelnen erkennen lassen, daß ihm die elterliche Gewalt nicht sowohl als Recht, sondern als sittliche Pflicht erscheint. So rückhaltslosen Beifall er dieser grundsätzlichen Anschauung wegen verdient, so müssen doch gegen manche seiner Einzelbestimmungen hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern Bedenken geltend gemacht werden und auf diese aufmerksam zu machen ist der Zweck der folgenden Erörterungen.

Zunächst ist es sehr richtig, wenn der Entwurf nicht von einer väterlichen Gewalt, sondern einer elterlichen spricht; im Gegensatz zu dem römischen Recht hat die deutsche Rechtsanschauung stets daran festgehalten, daß auch die Mutter mit dem Besitze der aus der elterlichen Stellung fließenden Befugnisse zu bekleiden sei. Der Entwurf mußte dieser Anschauung um so mehr Rechnung tragen, als er ja die rechtliche Gleichstellung der Geschlechter im Vergleiche zu dem bisher geltenden Rechte in wichtigen Punkten erweitert hat. Demgemäß ist die Mutter theils neben dem Vater, theils an seiner Stelle Inhaber der elterlichen Gewalt. Unter die letztere Alternative fallen die Fälle, wenn der Vater todt, geschäftsunfähig oder in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (Minderjährigkeit, Entmündigung), in ersterer Beziehung giebt der Entwurf der Mutter die Pflicht und das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, unter Ausschluß des Rechtes zur gesetzlichen Vertretung, läßt jedoch im Falle einer Meinungsverschiedenheit zwischen Vater und Mutter (§ 1500) die Meinung jenes entscheiden; diese Einschränkung ist schwerlich angemessen; mochte immerhin die rechtliche Vertretung des Kindes der Mutter entzogen werden, so lag doch kein Grund vor, nur die Person des Kindes zum Gegenstand ihrer Befugnisse zu machen, nicht aber auch das Vermögen des Kindes; ein Bedürfniß, der Mutter auch in dieser Richtung ein Recht neben dem Vater zu gewähren, ist unzweifelhaft vorhanden, vielleicht sogar noch in höherem Maße, als bezüglich der Fürsorge für die Person des Kindes. Ebensowenig kann dem Vorschlage Beifall gezollt werden, bei Meinungsverschiedenheit die väterliche Ansicht schlechthin als entscheidend anzusehen; dieser Rechtssatz ist noch ein Nachklang zu der früheren Ansicht, welche dem Vater schlechthin den maßgebenden Einfluß gewährte. Es ist kein Grund vorhanden, aus welchem die Ansicht des Vaters die Vermuthung der Richtigkeit, die der Mutter die Wahrscheinlichkeit der Unrichtigkeit für sich hat, das praktische Leben bestätigt diese Annahme nicht. Ver-

mögen sich die Elterntheile nicht zu einigen, so bleibt nichts übrig, als dem Vormundschaftsrichter die Entscheidung anheim zu geben, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß gegen diesen Vorschlag nicht unwichtige Bedenken sich geltend machen lassen.

An Stelle des Vaters ist, wie bemerkt, die Mutter nach dem Tode desselben Inhaber der elterlichen Gewalt, außerdem, wenn die elterliche Gewalt desselben ruht (§§ 1501, 1554); jedoch soll in diesem Falle, sofern es sich nicht um ein Ruhen mit Rücksicht auf die Entmündigung des Vaters wegen Verschwendung oder Auflösung der Ehe handelt, die elterliche Nutznießung an dem Vermögen des Kindes dem Vater verbleiben (§ 1555). Auch diese Einschränkung ist zu beanstanden, sie ist überaus bedenklich und geeignet, das Vermögen des Kindes in höchstem Maße zu gefährden. Der wegen Geistesstörung entmündigte Vater, dem die Fähigkeit, das Vermögen in sachgemäßer Weise zu verwalten, durchaus abgeht, wird nach wie vor im Besitze des Nutznießungsrechtes belassen, mag er auch die Nutznießung in zweckloser Weise verschwenden und vergeuden. Freilich giebt der Entwurf dem Vormundschaftsgerichte die nothwendigen Befugnisse, um hiergegen einzuschreiten, allein bevor der Vormundschaftsrichter vorgehen kann, müssen Thatsachen vorhanden sein, aus welchen die Verletzung der dem Inhaber der elterlichen Gewalt in Ansehung der Nutznießung obliegenden Verpflichtungen zu entnehmen ist (§ 1547). Der Nachtheil für das Vermögen des Kindes, welcher doch verhütet werden soll, wird also in gewissem Umfange schon eingetreten sein, bevor der Richter einschreitet. Andererseits liegt gar kein Bedenken vor, der Mutter auch die elterliche Nutznießung zu gewähren, da ja das Vormundschaftsgericht in der Lage ist, die Bestellung eines Beistandes, Art. 1538 Abs. 1 Ziffer 3, zu verfügen und hierdurch die vermögensrechtlich bedeutsamen Handlungen der Mutter von der etwa als erforderlich erscheinenden Ueberwachung abhängig zu machen. Wenn auch vielleicht zugegeben werden kann, daß die Bewidmung der Mutter mit der elterlichen Nutznießungsbefugniß dem Systeme des Gesetzbuches nicht ganz entspricht, so kann dieser Umstand doch kein Hinderniß sein, die zweifellos vortheilhafte Erweiterung der Rechte der Mutter gut zu heißen, da auch in dieser Beziehung der Gesetzgeber an dem Grundsatze festhalten muß: Salus liberorum summa lex.

Die elterliche Gewalt enthält auch nach dem Entwurfe wie nach den bisherigen Gesetzgebungen die Pflicht und das Recht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen sowie das Recht

der Nutznießung an dem Vermögen desselben (§ 1502). Für die Art und Weise, in welcher dieser Sorge nachzukommen ist, sind die Vorschriften über die Pflichten des Vormundes gegenüber seinem Mündel maßgebend (§ 1503), womit man sich im Allgemeinen auch einverstanden erklären kann. Man wird es auch nur billigen können, wenn der Entwurf es nicht für angemessen erachtete, durch Einzelvorschriften die Ausübung der Sorge für die Person näher zu bestimmen, sondern sich damit begnügte, der Erziehung des Kindes und der Beaufsichtigung desselben besonders Erwähnung zu thun (§ 1504). Das Gesetz kann dem Vater nicht im Einzelnen vorschreiben, in welcher Weise er sich seiner sittlichen Verpflichtung, für die Person seines Kindes Sorge zu tragen, zu entledigen hat, es muß sich auf die Aufstellung einiger allgemeinen Normen beschränken, im Uebrigen aber dem Walten des sittlichen Pflichtbewußtseins freien Spielraum lassen, dabei jedoch der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit gewähren, durch selbständiges Einschreiten der Unterlassung der Pflichterfüllung entgegenzutreten. Wenn der Entwurf bestimmt, daß das Vormundschaftsgericht durch geeignete Zwangsmaßregeln die Ausübung des elterlichen Zuchtrechtes unterstützen soll (1504 Abs. 2) so ist an sich gegen diese Vorschrift nichts zu erinnern, es müßte jedoch zur Vermeidung von Unzuträglichkeiten näheres über die Zwangsmaßregeln bestimmt werden. Ist hierunter die Anordnung einer körperlichen Züchtigung verstanden, oder soll das Vormundschaftsgericht auf Grund dieser Vorschrift zur Einsperrung des Kindes befugt sein, wie dies nach französischem Recht durch Verfügung des Präsidenten des Gerichts erster Instanz geschehen kann? Dem richterlichen Ermessen kann es nicht überlassen werden, ohne ausdrückliche Ermächtigung durch das Gesetz eine Maßregel anzuordnen, welche sich unter Umständen als weitreichender Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt.

Der Entwurf läßt bei der Eheschließung einer unter elterlicher Gewalt stehenden Tochter, die dem Inhaber der elterlichen Gewalt obliegende Fürsorgepflicht für die Person insofern eine Veränderung erleiden, als sie sich dann auf die Vertretung der Tochter in Ansehung der ihre persönlichen Angelegenheiten betreffenden Rechtsgeschäfte und Angelegenheiten beziehen soll; das Gleiche soll der Fall sein, wenn die elterliche Gewalt über eine Ehefrau erlangt wird. Art. 1509. Diese Vorschrift ist die nothwendige Folge des von dem Entwurfe eingenommenen Standpunktes, daß die mit Genehmigung des Inhabers der elterlichen Gewalt erfolgte Eheschließung die elter-

liche Gewalt an sich nicht erlöschen läßt. Es wird weiter unten, wo von den Beendigungsgründen der elterlichen Gewalt die Rede ist, hervorgehoben werden, daß dieser Standpunkt nicht zu billigen ist, vielmehr die Ehe die elterliche Gewalt unter allen Umständen beendigen muß.

Ausführlicher als die Sorge für die Person regelt der Entwurf die Sorge der Eltern für das Vermögen des Kindes, in genauer Anlehnung an die Bestimmungen des Vormundschaftsrechts über die Verwaltung des Mündelvermögens durch den Vormund. Hiernach hat der Inhaber der elterlichen Gewalt in Ansehung der dem Kinde durch Erbfolge, Vermächtniß oder als Pflichttheil zugefallenen Vermögensgegenstände, die von dem Erblasser für die Vermögensverwaltung letztwillig getroffenen Verfügungen zu befolgen; eine Abweichung ist nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und zur Verhütung der Gefährdung des Interesses des Kindes statthaft (1660. Abs. 1). Gleichen Beschränkungen ist die Verwaltung des Kindesvermögens dann unterworfen, wenn dem Kinde durch Rechtsgeschäft unter Lebenden Etwas zugewendet wurde und bei Zuwendung Anordnungen über die Verwaltung desselben durch den Inhaber der elterlichen Gewalt ergangen sind; zu einer Abweichung genügt hier jedoch die Zustimmung des Dritten (1660 Abs. 3). Ohne Zustimmung des Inhabers kann das Kind keinerlei Schenkung vornehmen, ausgenommen die durch sittliche Pflicht oder Anstandspflichten gerechtfertigte (1661). Die nicht zur Bestreitung der laufenden und anderer durch die Vermögens-Verwaltung begründeten Ausgaben nothwendigen Gelder des Kindes muß der Inhaber der elterlichen Gewalt verzinslich anlegen und zwar in sicheren Hypotheken oder Grundschulden an inländischen Grundstücken, in Schuldverschreibungen des Reiches oder eines Bundesstaates, in Schuldverschreibungen, für welche das Reich oder ein Bundesstaat die Zinsbürgschaft übernommen hat, in Schuldverschreibungen, welche von inländischen, kommunalen Körperschaften oder den Kreditanstalten solcher Körperschaften ausgestellt und Seitens der Inhaber kündbar oder einer regelmäßigen Tilgung unterliegen, bei einer inländischen öffentlichen und obrigkeitlich bestätigten Sparkasse, endlich in sonstigen Werthpapieren, welche durch Beschluß des Bundesraths als geeignet zur Anlegung von Mündelgeldern bezeichnet werden.

Hypotheken und Grundschulden sind im Sinne dieser Vorschrift als sicher nur dann zu betrachten, wenn sie bei einem landwirth-

schaftlich benutzten Grundstücke innerhalb der ersten zwei Drittel des Werthes stehen, bei jedem anderen Grundstücke innerhalb der ersten Hälfte desselben (1664). Gelder des Kindes, die nicht in dieser Weise angelegt werden können, sind bei der Reichsbank, bei einer inländischen Staatsbank oder bei einer anderen als Hinterlegungsstelle dienenden Bank anzulegen; aus besonderen Gründen kann jedoch das Vormundschaftsgericht eine andere Art der Geldanlage gestatten (1667). Die verzögerte Anlage der Gelder bewirkt die Haftung des Inhabers der elterlichen Gewalt für den erwachsenden Zinsenverlust (1697).

Die Verwaltung des beweglichen Vermögens des Kindes ist durch diese Vorschriften in zufriedenstellender Weise geordnet worden und sicherlich wird die Beseitigung der bisher bestehenden schrankenlosen Verfügungsbefugniß des Inhabers der elterlichen Gewalt in Ansehung der Anlegung von Geldern des Kindes nur höchst wohlthätig wirken können. Der Entwurf trägt dem Verkehrsleben der Neuzeit und der Bedeutung, welche das nicht aus unbeweglichen Gütern bestehende Vermögen in ihm besitzt, vollkommen Rechnung, wenn er eingehend die Art und Weise der sicheren, verzinslichen Anlegung von Geldern regelt und der Gegensatz zwischen ihm und den älteren Gesetzgebungswerken tritt deutlich hervor, wenn man sich vergegenwärtigt, daß letztere ihre Fürsorge in erster Linie und in gewissem Sinne sogar ausschließlich dem unbeweglichen Vermögen zugewendet haben; diese Bemerkung findet übrigens nicht bloß bei der Regelung der elterlichen Vermögensverwaltung Anwendung. Die Zahl der Anlegungsarten, zwischen welchen der Gewaltinhaber wählen kann, ist eine ziemlich große und man wird nicht behaupten können, daß die ihm gezogenen Schranken zu eng seien. Andererseits muß man es mit Genugthuung anerkennen, daß die Bestimmungen des Entwurfes die Anlegung von Kindesgeldern fast ausschließlich in solchen Werthpapieren vorschreiben, welche von inländischen Kreditnehmern ausgegeben werden; der Kredit des Reiches und der Bundesstaaten wie auch der kommunalen Körperschaften wird hiervon nur günstig berührt werden, da durch die Anlage bedeutender Geldmassen in solchen Papieren die Nachfrage nach ihnen steigt; schon mit Rücksicht hierauf dürfte eine Beseitigung der Bestimmung, welche die Anlage auch in ausländischen Papieren, wenn dieselben seitens des Bundesrathes als hierzu geeignet erklärt werden, gestattet, empfehlenswerth erscheinen. Wenn auch der Bundesrath durch seine Zusammensetzung vollkommen dafür bürgt, daß ein solcher Beschluß nicht gefaßt

wird, wenn nicht das betreffende Papier ein durchaus sicheres ist, so läßt sich doch nicht bestreiten, daß unter Umständen auch politische Erwägungen auf den Entschluß des Bundesrathes von Einfluß sein können. Andererseits ist ein Bedürfniß für die Anlegung in ausländischen Werthpapieren mit nichten vorhanden; die deutschen Schuldverschreibungen genügen, um die Nachfrage zum großen Theile zu befriedigen, und außerdem bietet ja die Beleihung eines Grundstücks mittelst Hypothek oder Grundschuld die Möglichkeit, bei entsprechender Verzinsung Geld sicher anzulegen. Daß die Bestimmung zu einer weiteren Herabsetzung des Zinsfußes führen wird, ist nicht unwahrscheinlich. Es könnte nun die Frage aufgeworfen werden, ob es überhaupt angemessen und zu billigen ist, den Vater, beziehungsweise die Mutter denselben weitgehenden Beschränkungen in der Vermögensverwaltung zu unterwerfen wie den Vormund? Es soll nicht geleugnet werden, daß mit Rücksicht auf die Innigkeit der zwischen Kindern und Eltern bestehenden Beziehungen an sich Manches dafür geltend gemacht werden kann, dem Vater eine freiere Stellung bezüglich der Verwaltung des beweglichen Vermögens des Kindes einzuräumen als dem Vormund. Man darf jedoch nicht übersehen, daß zahllose Thatsachen Jahr aus Jahr ein die Nothwendigkeit überzeugend beweisen, auch den Vater in der freien Verfügungsmacht Beschränkungen zu unterwerfen. Auch abgesehen von denjenigen Fällen, in welchen eine Pflichtwidrigkeit die durchaus unzweckmäßige Vermögensanlage verschuldet, bewirkt nur allzuhäufig die Unerfahrenheit und der Mangel an Geschäftskenntniß, daß die Gelder des Kindes sich beständig vermindern und schließlich ganz verschwinden. Je weniger das Kind in der Lage ist, die Vermögensverwaltung des Gewaltinhabers beaufsichtigen und seinen Willen gegen denjenigen des Vaters oder der Mutter zur Geltung bringen zu können, um so mehr muß sich der Staat veranlaßt sehen, in seinem Interesse durch bindende Vorschriften das Nothwendige bezüglich der angemessenen Anlage verfügbarer Gelder anzuordnen.

Was die Verwaltung des unbeweglichen Vermögens durch den Inhaber der elterlichen Gewalt anlangt, so ist auch hier im Wesentlichen die Beschränkung des Vormundes für die Beschränkung jenes vorbildlich gewesen. Zu einem Rechtsgeschäfte, durch welches ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück veräußert oder belastet oder die Verpflichtung zu einer derartigen Veräußerung oder Belastung begründet wird, bedarf der Gewaltinhaber der Genehmigung des

Vormundschaftsgerichtes; eine Ausnahme bildet jedoch der Fall, in welchem eine Hypothek oder Grundschuld Gegenstand der Veräußerung oder Belastung war (1511, Ziff. 1). Die gleiche Genehmigung ist erforderlich zu einem Rechtsgeschäfte, durch welches ein Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke oder auf Begründung oder Uebertragung eines Rechtes an einem Grundstücke veräußert oder belastet oder die Verpflichtung zu einer solchen Veräußerung oder Belastung begründet wird; auch hier bildet der Fall, in welchem eine Grundschuld oder Hypothek der Gegenstand des Rechtsgeschäftes ist, eine Ausnahme von der Genehmigung durch den Vormundschaftsrichter. (1511, Ziff. 2). Diese Ausnahmestellung der Hypothek und der Grundschuld erscheint bedenklich; ohne in Abrede stellen zu wollen, daß manche gewichtige Gründe im Interesse des Vermögensverkehrs dafür sprechen, den Gewalthaber bezüglich ihrer von der Genehmigung des Vormundschaftsrichters zu befreien, so ist doch die Hypothek und Grundschuld ein so bedeutsames und in seiner Tragweite so wirkungsvolles Recht, daß es dem Vater ebensowenig wie dem Vormund erlaubt werden sollte, ohne Zustimmung des Vormundschaftsrichters darüber und damit zu verfügen; zum mindesten ist es im Interesse der Sicherheit des Kindes geboten, die Belastung eines dem Kinde gehörigen Grundstückes mittelst Hypothek und Grundschuld von der Genehmigung des Richters abhängig zu machen und es entspricht lediglich dem Grundgedanken, von welchem der Entwurf bei diesem Gegenstande ausgeht, wenn man die Ausnahmestellung von Grundschuld und Hypothek beseitigt.

Des Weiteren hat der Entwurf die Vermögensverwaltung insofern beschränkt, als er zu einer Reihe von Rechtsgeschäften, welche das Kind mit weitreichenden Verbindlichkeiten belasten, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erfordert. Die hierher gehörigen Rechtsgeschäfte betreffen die Veräußerung des Vermögens oder einer Erbschaft des Kindes im Ganzen oder zu einem Bruchtheil, die Belastung oder die Begründung einer Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung desselben, oder eines Theiles, den Abschluß eines Mieth-, Pacht- oder sonstigen Vertrages, durch welchen eine Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen begründet wird, vorausgesetzt, daß das Vertragsverhältniß noch länger als ein Jahr nach Ablauf des zurückgelegten 21. Lebensjahres des Kindes dauern soll, die Eingehung einer Verbindlichkeit aus einer Schuldverschreibung auf Inhaber, aus einem Wechsel oder einer andern mittelst Indossament

übertragbaren Urkunde, die Aufnahme von Geld auf den Kredit des Kindes, die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit, die Ertheilung einer Prokura, den Abschluß eines Vertrages über den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes und die Eingehung eines Gesellschaftsvertrages zum Zwecke des Betriebes eines Erwerbsgeschäftes (1511, Ziff. 3—9). Im Vergleiche mit der Verfügungsmacht des Vormundes, Rechtsgeschäfte für den Mündel abzuschließen, ist die des Inhabers der elterlichen Gewalt eine weitergehende; er ist bezüglich einer Reihe von Rechtsgeschäften, nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsrichters gebunden, welche der Vormund ohne dieselbe nicht vornehmen darf, nämlich eines Vertragsabschlusses über die Auseinandersetzung bezüglich einer Erbschaft (1674 Ziff. 4), eines Vertrages über den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks, Rechts oder Anspruchs, zu deren Veräußerung die vormundschaftsrichterliche Genehmigung erforderlich ist (1674 Ziff. 5), eines Pachtvertrages über ein Landgut oder mehrere zum landwirthschaftlichen Betriebe verbundene Grundstücke oder einen gewerblichen Betrieb (1674 Ziff. 7), eines Vergleichs oder Schiedsvertrages im Werthe von 300 Mark und mehr oder eines Gegenstandes, der in Geld nicht schätzbar ist (1674 Ziff. 8), bezüglich eines Rechtsgeschäfts, durch welches die für einen Anspruch des Kindes bestehende Sicherheit aufgehoben oder gemindert oder die Verpflichtung zu einer solchen Aufhebung oder Minderung begründet wird (1674 Ziff. 9). Der Entwurf hat nun mit gutem Grunde dem Vormund eine unselbständigere Stellung gegeben als dem Inhaber der elterlichen Gewalt und es wäre kaum am Platze, diesem die Vornahme aller derjenigen Rechtsgeschäfte ohne Genehmigung des Vormundschaftsrichters zu untersagen, welche in dem vorstehenden Satze hervorgehoben sind. Allein bezüglich einzelner derselben muß die Abhängigmachung der Vornahme von dieser Genehmigung in hohem Maße als wünschenswerth, als nützlich, vielleicht sogar als nothwendig erachtet werden. Vor Allem sollte der Abschluß eines Vergleichs oder Schiedsvertrages, wenn es sich um einen erheblichen Werth oder einen in Geld nicht schätzbaren Gegenstand handelt, der unbeschränkten Verfügungsmacht des Gewaltinhabers entzogen werden, da hierdurch das Interesse des Kindes in bedenklichem Maße gefährdet werden kann. Die Erfahrung lehrt, daß Vergleiche mit am häufigsten zur Vermögensschädigung bevogteter Personen dienen, die staatliche Behörde muß deshalb die sorgfältigste Prüfung derselben sich vorbehalten und ihre Wirksamkeit von ihrer

Genehmigung abhängig machen. Man braucht freilich nicht jeden Vergleich bei dem es sich um mehr als 300 Mark handelt, der richterlichen Genehmigung zu unterwerfen, es genügt vollkommen, wenn nur solche Vergleiche von der Gutheißung abhängig gemacht werden, deren Werth 1000 Mark übersteigt oder in Geld nicht bestimmbar ist. Aus denselben Gründen empfiehlt es sich aber, auch den Abschluß eines Erbauseinandersetzungs-Vertrages in die Reihe der genehmigungspflichtigen Verträge einzustellen; dringend nothwendig ist es schließlich, die rechtsgeschäftliche Verminderung oder Aufhebung der einem Kinde für einen Anspruch zustehenden Sicherheit, sowie die Begründung einer Verpflichtung zur Aufhebung oder Minderung nicht anders zu behandeln; der Mangel einer gebietenden Vorschrift in dieser Beziehung würde pflichtvergessenen Inhabern der elterlichen Gewalt eine sehr bequeme Handhabe bieten, sich auf Kosten des Vermögens ihrer Kinder Vermögensvortheile zu verschaffen. Schließlich enthält der Entwurf die Bestimmung, daß der Gewaltinhaber ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes ohne Genehmigung des Vormundschaftsrichters nicht beginnen soll (1515). Aus dem Unterschiede der Wortfassung, in welche dieses Gebot im Vergleiche zu den vorgenannten gekleidet ist, muß der Schluß gezogen werden, daß der Charakter desselben nur ein anweisender ist, so daß die Wirksamkeit des Erwerbsgeschäfts durch den Mangel der Genehmigung nicht berührt wird; es wäre zu wünschen, daß dieses „soll" in ein „kann" oder „darf" verwandelt wird, theils aus inneren Gründen, theils um mit dem Inhalte der vorgenannten, einen gleichen Zweck verfolgenden Vorschriften auch die äußere Uebereinstimmung herzustellen. Daß das ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft nichtig, der Vertrag hingegen rechtsunwirksam ist und die Rechtswirksamkeit desselben noch herbeigeführt werden kann (1681), entspricht der natürlichen Sachlage und giebt zu Beanstandungen keinen Anlaß. Noch ist, bezüglich des Umfanges der Vermögensverwaltung zu erwähnen, daß derselben das Vermögen des Kindes seinem ganzen Bestande nach unterliegt, mit Ausnahme der Vermögensstücke, welche dem Kinde im Wege der Erbfolge, des Vermächtnisses oder Pflichttheils oder mittelst Zuwendung unter Lebenden seitens Dritter zugefallen sind, sofern derjenige, von welchem die Zuwendung herrührt, sie ausdrücklich von der Vermögensverwaltung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt ausgeschlossen hat (1510).

Ueber die Bestimmungen, welche der Entwurf rücksichtlich der elterlichen Nutznießung aufgestellt hat, können wir kurz hinweggehen, da dieselben wohl ziemlich einwandsfrei sind und sich eifrigst bemühen, die Interessen des Kindes mit denen des Inhabers der Gewalt zu vereinigen.

Es ist schon bemerkt worden, daß der Entwurf die Aufsichtsgewalt des Gerichtes über die Ausübung der elterlichen Gewalt im Vergleiche zu dem in weiten Gebieten des Reiches geltenden Rechte in erheblichem Maße verstärkt hat, ein Vorgang, der der alten Anschauung des deutschen Rechtes durchaus entspricht. Seit Alters sah das deutsche Recht in dem König, dem Repräsentanten der Staatsgewalt, den Schutzherrn der bevogteten Personen und Gesetzgebungen, welche, wie das Preußische Landrecht, die tiefsittliche Auffassung der deutschen Rechtsüberzeugung gegenüber der römischrechtlichen wieder zur Geltung brachten, haben es nicht unterlassen Bestimmungen aufzunehmen, welche den zuständigen Behörden die Möglichkeit gewähren, die elterliche Gewalt im Interesse der Kinder in weitgreifender Weise zu beschränken. Die neuere Gesetzgebung, die dem Staate das Recht giebt, sittlich entartete Kinder, auch wenn dieselben noch keine strafbare Handlung begangen haben, der elterlichen Erziehungsgewalt zu entziehen und in eigene Erziehung zu nehmen*), befindet sich vollkommen im Einklang mit dieser Auffassung und das Gleiche gilt von der Regelung, welche diese Seite der elterlichen Gewalt in dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches erfahren hat. Hierbei ist nun freilich zu prüfen, ob die Eingriffe in die Rechte der elterlichen Gewalt, welche das Gesetz dem Staate erlaubt, nicht zu weit gehen und nicht das Maß des Zuträglichen und Nothwendigen überschreiten, eine Frage, welche der sorgfältigen Ueberlegung umsomehr bedarf, als es sicherlich weder im Interesse des

*) Preuß. Gesetz v. 13. März 1878, welches allerdings die Statthaftigkeit der Zwangserziehung an die Verübung einer strafbaren Handlung knüpft, im Gegensatz zu den in Baden, Hessen, Hamburg, Oldenburg u. s. w. erlassenen Gesetzen. Vgl. über das Preuß. Gesetz die Erläuterung desselben von Wiedemann (Berlin, 1887), Thümmel, die Unterbringung Strafunmündiger zur Zwangserziehung (Gerichtssaal Bd. 40 S. 41 u. fg.), Fuld, Zwangserziehung verwahrloster Kinder (Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft, herausgegeben von G. Schmoller, Bd. 9 S. 1190 u. fg.) über das hessische Gesetz, Fuld, Zwangserziehung verwahrloster Kinder in Hessen (Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik, herausgegeben von J. Conrad, Bd. 13 S. 326 u. fg.)

Staates noch der Sittlichkeit liegt, die elterliche Gewalt zu einem inhaltsleeren, mark- und kraftlosen Begriff abzuschwächen. Abgesehen von Befugniß des Vormundschaftsrichters in Verhinderung des Inhabers der elterlichen Gewalt an der Fürsorge für die Person und das Vermögen des Kindes Sorge zu tragen (1544), und über die Befolgung der von einem Dritten für die Ausübung der Gewalt gegebenen Anordnungen zu wachen (1545), giebt der Entwurf dem Vormundschaftsgerichte das Recht, sowohl im Interesse des persönlichen Wohles des Kindes wie seines Vermögens gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt einzuschreiten. Was den ersteren Fall anlangt, so wird vorausgesetzt, daß durch Mißbrauch, insbesondere Mißbrauch des Erziehungsrechtes, oder durch Vernachlässigung des geistigen und leiblichen Wohles das Kind bereits gefährdet ist, oder in Folge ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens des Gewaltinhabers in Zukunft gefährdet wird. Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so kann das Kind anderweitig zur Erziehung untergebracht werden, sowohl in einer Familie wie in einer Erziehungsanstalt, es ist auch statthaft, die elterliche Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung zu beseitigen, das Vormundschaftsgericht ist überhaupt in der Lage, jede zur Abwendung der Gefahr erforderliche Maßregel anzuordnen (1546). Diese Bestimmungen greifen in das Recht der Eltern weit, sehr weit ein, sie gehen über die entsprechenden Vorschriften des Preußischen Landrechts und anderer Gesetzgebungen nicht unerheblich hinaus. Daß der Staat auch hierzu berechtigt und verpflichtet ist, kann nur dann bezweifelt werden, wenn man die Aufgabe des Staates in der Verwirklichung des Rechtsschutzes in dem dürren, engen Sinne erblickt, in welchem die Kant'sche Rechtslehre diesen Begriff auffaßt; trägt man aber dem Kultur- und Sittlichkeitszweck unter den Staatszwecken die gebührende Rechnung, so fragt es sich nicht, ob die Vorschläge an sich berechtigt, sondern nur, ob sie der Art gefaßt sind, daß sie die Gefahr eines Mißbrauches, soweit dies überhaupt möglich ist, ausschließen! In dieser Beziehung vermag der Verfasser den Bestimmungen des Entwurfs nicht rückhaltlos beizustimmen. Mit dem Entwurfe ist der Verfasser der Ansicht, daß das elterliche Recht nicht darin besteht, Erziehung und Pflege der Kinder zu verabsäumen und diese zu einer Plage für die Gesellschaft werden zu lassen, sondern in der Pflicht gipfelt, dieselben, soweit die Kraft reicht, zu ordentlichen, tüchtigen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft zu erziehen und der Staat, welcher gegen elterliche Pflichtwidrigkeit oder Unfähigkeit

einschreitet und Pflege und Erziehung der Kinder andern Personen als den an und für sich dazu berufenen anvertraut, erfüllt damit nur seine eigene Pflicht, indem er die Erfüllung der elterlichen Pflicht ergänzt. Wenn der Staat Kinder nach Vollendung des zwölften Lebensjahres strafrechtlich verantwortlich macht, muß er auch darüber wachen, daß denselben eine Erziehung zu Theil wird, die eine solche Verantwortlichkeit rechtfertigt und gegenüber diesem Gesichtspunkte können alle Redensarten von dem heiligen, natürlichen Rechte der Eltern und der Familie keinerlei Beachtung finden. Soll aber die praktische Anwendung dieser Befugniß des Staates nicht zur Willkür in der Hand des Richters werden, soll sie nicht der Gefahr ausgesetzt sein, daß mittelst ihrer die verwerflichsten Zwecke ehrvergessener und haßerfüllter Verwandten verfolgt und erreicht werden, so bedarf es doch wesentlich genauerer Bestimmungen, als sie in den Artikeln 1546 und 1547 des Entwurfs enthalten sind. Vor allem erheben wir die Forderung, daß bestimmte Thatsachen vorliegen, aus welchen das pflichtwidrige Verhalten der Eltern sich ergiebt, ein Umstand, auf den der Entwurf gar kein Gewicht legt, der aber gleichwohl an erster Stelle betont werden muß. Bringt das Gesetz nicht an hervorragender Stelle zum Ausdruck, daß die Pflichtwidrigkeit des Vaters oder der Mutter sich in bestimmten Vorgängen verkörpert haben muß, so ist zu befürchten, daß mancher Vormundschaftsrichter schon die jeder thatsächlichen Begründung entbehrende Behauptung eines Anklägers als genügenden Anlaß zur Verhängung der betreffenden Maßregeln betrachten wird; daß dies nichts weniger als unwahrscheinlich ist, könnte der Verfasser durch einen nicht uninteressanten praktischen Fall belegen! Sodann muß aber an Stelle der allgemeinen Ausdrucksweise des Entwurfes eine Fassung treten, welche dem Richter die Erkenntniß dessen erleichtert was der Gesetzgeber als Verabsäumung der elterlichen Pflicht betrachtet wissen will. Der Mißbrauch des Erziehungsrechtes, worunter man in erster Linie die mißbräuchliche Anwendung und Ueberschreitung der elterlichen Züchtigungsbefugniß zu verstehen hat, ist ein brauchbarer Begriff, dessen Anwendung keine besondern Schwierigkeiten bereiten wird, wenn schon er allerdings einer sehr verschiedenartigen Auslegung fähig ist. Die Vernachlässigung des geistigen und leiblichen Wohles ist dagegen so unbestimmt, daß hierunter die verschiedenartigsten Dinge verstanden werden können; das Preußische Landrecht spricht von der Vorenthaltung der Nahrung und nothwendigsten Körperpflege; diese Ausdrucksweise ist jedenfalls bestimmter, als die Vernachlässigung des

leiblichen Wohles. Noch präziser scheint uns die Fassung des hessischen Gesetzes vom 11. Juni 1887 betreffend die Zwangserziehung verwahrloster Kinder den Umstand, auf welchen es bei dem Eingriff in die elterliche Gewalt ankommt, formulirt zu haben; dasselbe gestattet die Anordnung der Entziehung eines Kindes aus der elterlichen Gewalt, wenn die Eltern in böslicher oder fahrlässiger Weise dem Kinde fortgesetzt die nöthige Nahrung und Pflege entziehen; die einzelnen Bestandtheile dieses Begriffs lassen sich gegebenen Falles ohne besondere Mühe durch bestimmte, thatsächliche Vorgänge feststellen und die Gefährdung des leiblichen Wohles des Kindes ist auch in ihm deutlich zum Ausdruck gebracht. Auch die Gefährdung des geistigen Wohles des Kindes durch Vernachlässigung ist zu unbestimmt ausgedrückt und dasselbe muß von der Besorgung der Gefährdung für die Zukunft in Folge des ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens des Gewaltinhabers gesagt werden. Je vieldeutiger die Begriffe Ehre und Sittlichkeit sind und je mehr die Ansichten darüber auseinandergehen, was unsittlich und ehrlos ist, um so näher liegt die Gefahr, daß die Anwendung einer solchen Vorschrift zu den schwersten Unzuträglichkeiten Anlaß geben kann. Wer wollte die Möglichkeit bestreiten, daß die lebhafte Betheiligung an der sozialdemokratischen Bewegung unter Umständen als „ehrloses Verhalten" betrachtet werden kann, welches die Gefährdung des geistigen Wohles des Kindes besorgen läßt? Hat es der Verfasser doch erlebt, daß die Absetzung eines als Vormund bestellten Rechtsanwalts, welcher allerdings an der sozialdemokratischen Bewegung stark betheiligt war, von einem scharfsinnigen Berufsgenossen um deswillen begehrt wurde, weil dessen Verhalten unter den Begriff der inconduite notoire falle! Und wie steht es erst mit der Anwendung des Begriffes „unsittliches Verhalten". Man sieht ja tagtäglich, daß die Handhabung ähnlicher und verwandter Begriffe auf andern Rechtsgebieten, z. B. dem Strafrecht, Gewerberecht zu den seltsamsten Aus- und Unterlegungen und Widersinnigkeiten führt, da kann doch wahrlich nicht die Rede sein, einem Einzelrichter ohne weitere Direktive die Anwendung solcher Begriffe anzuvertrauen! Das Preußische Recht spricht von der Verleitung zum Bösen oder von der Nichtabhaltung vom Bösen, das hessische Gesetz von der böslichen oder fahrlässigen Versäumung der Elternpflicht in „sonstiger Weise", d. h. abgesehen von der fortgesetzten Entziehung von Nahrung oder Pflege und fortgesetzter schwerer Mißhandlung. Es würde sich vielleicht empfehlen, neben der fortgesetzten Entziehung von Nahrung und Pflege, von

einer Vernachlässigung des Unterrichtes und der geistigen Ausbildung zu sprechen und hieran eine Clausula generalis in der Art anzuschließen, daß man von einer sonstigen Uebertretung der Elternpflicht spricht, durch welche die Gesundheit oder Sittlichkeit des Kindes geschädigt wird. Es ist natürlich nicht leicht, bei dem reichen Inhalte der Elternpflichten eine Fassung zu finden, welche einerseits der Unbestimmtheit entbehrt, andererseits den Richter nicht nöthigt, unthätig zusehen zu müssen, wie ein Kind durch die Vernachlässigung der Erziehungspflichten dem sittlichen Verfall entgegengeht und es wird sicherlich Mühe kosten, bis eine entsprechende Formel gefunden wird. Die angeführten Bestimmungen des Preußischen Rechtes, die sich ja im Ganzen nicht schlecht bewährt haben, leiden an dem Mangel, daß sie die Deutung nahe legen, als werde unter dem Verleiten zum Bösen beziehungsweise Nichtabhalten vom Bösen eine Handlung in bestimmter Richtung verstanden, während doch die Pflichtvergessenheit sich nicht sowohl in einer bestimmten Einzelhandlung als in einem Allgemeinverhalten kundgiebt und können deshalb kaum als Vorbild empfohlen werden. Es könnte in Frage kommen, ob nicht das Einschreiten des Vormundschaftsrichters von dem Nachweise abhängig zu machen ist, daß durch das bezeichnete Verhalten des Gewalthabers bei Fortdauer der elterlichen Gewalt das Kind an seiner Gesundheit Schaden nehmen oder dem sittlichen Verderben anheim fallen werde. Der Verfasser ist nicht der Meinung, daß die Aufnahme dieses weiteren Erfordernisses eine Verbesserung bedeute. Einmal ist die Führung eines zwingenden Nachweises in dieser Richtung überhaupt sehr schwierig und sodann ist derselbe gar nicht nothwendig, da es ja auf der Hand liegt, daß die fortgesetzte Entziehung der Pflege und Nahrung die Gesundheit des Kindes beeinträchtigen muß.

Was die Maßregeln anlangt, welche der Vormundschaftsrichter unter den genannten Voraussetzungen ergreifen darf, so erwähnt der Entwurf die Unterbringung des Kindes in einer Familie, einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt und die Entziehung der elterlichen Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung; die Aufzählung ist jedoch keine begrenzende, sondern nur eine Beispiele gebende; der Richter kann auch andere Maßregeln, welche zur Abwendung der Gefahr geeignet sind, verhängen und es liegt in der Natur der Sache, daß man zunächst mit leichteren, wie der Anordnung einer ständigen Ueberwachung, Auferlegung der Pflicht, das Kind an bestimmten Tagen dem Richter vorzuführen und dergl. vorgehen wird. Gute Gründe sprechen dafür, diesem Gedanken in

dem Gesetze einen besonderen Ausdruck zu geben, wie es auch im höchsten Maße wünschenswerth erscheint, daß das Gesetz den Richter anweist, die Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt nur in Ausnahmefällen zu verfügen. Die regelmäßige Unterbringung muß in einer geeigneten Familie erfolgen; es handelt sich hier nicht darum, die Vortheile und Nachtheile von Anstalts- und Familienerziehung bei solchen Kindern gegen einander abzuwiegen, welche bereits in Folge der Pflichtvergessenheit der Eltern in einen Zustand sittlicher Verkommenheit gerathen sind; für die Fälle, welche der Entwurf im Auge hat, kann nicht in Zweifel gezogen werden, daß die Erziehung in einer sittlichen Familie die Regel zu bilden hat, dem Kinde darf in Folge der Pflichtwidrigkeit seiner Eltern die Wohlthat des Familienlebens nicht entzogen, vielmehr muß dahin gestrebt werden, ihm dieselbe in vollem Umfange zugänglich zu machen.

Gegen die Entziehung der elterlichen Gewalt, soweit sie sich auf die Person des Kindes erstreckt, ist an sich nichts einzuwenden; wir halten es jedoch für sehr gewagt, die Anordnung dieser einschneidenden und folgenschweren Maßregel dem Vormundschaftsrichter zu überlassen, der Rechtssicherheit genügt man nur, wenn mit ihr das Landgericht betraut wird. Der Eingriff in die Elternrechte ist so bedeutungsvoll, daß über ihn nur durch die Berathung und Entscheidung mehrerer Richter verfügt werden darf; die Gründe, welche die Gesetzgebung bestimmten, für die Behandlung der Ehesachen die Landgerichte ausschließlich als zuständig zu erklären, erleiden, Mutatis mutandis, auch auf diesen Fall Anwendung und in öffentlichen Interesse muß darauf bestanden werden, daß das Gericht, welches die Entziehung der elterlichen Gewalt ausspricht, dasselbe ist, dem die Entscheidung über familienrechtliche Feststellungen zusteht. Vergl. Art. 1476 des Entwurfes. Wiewohl der Entwurf das Verfahren in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit nicht geregelt, sondern, soweit eine einheitliche Regelung dieses Gegenstandes überhaupt in Aussicht steht, dies einem besonderen Gesetze vorbehalten hat, so ist doch Veranlassung vorhanden, in Anschluß an das Gesagte darauf hinzuweisen, daß das Verfahren, in welchem über die erwähnten Maßregeln entschieden werden soll, die weitgehendsten Bürgschaften gegen jeden möglichen Mißbrauch enthalten muß. Des Einzelnen hierauf einzugehen ist theilweise noch verfrüht, theilweise geschieht dies richtiger an einem anderen Orte, allein soviel darf doch bemerkt werden, daß es nicht genügen kann, wenn der Amtsrichter durch

einen inhaltsleeren Beschluß die Elternrechte beseitigt oder außer Kraft setzt, sondern ein eingehend begründetes Urtheil zu diesem Behufe gefordert werden muß, gegen welches die ordentlichen Rechtsmittel zulässig sind.

Nicht geringer sind die Befugnisse, welche der Entwurf dem Vormundschaftsgerichte bezüglich der Aufsicht über die Vermögensverwaltung des Inhabers der elterlichen Gewalt giebt; auch hier beschränkt der Entwurf den Richter nicht auf bestimmte Maßregeln, sondern überläßt es ihm nach freiem Ermessen, diejenigen anzuordnen, welche erforderlich erscheinen, um die Gefährdung der Rechte des Kindes zu verhüten; als besonders anzuwendende Maßregeln werden genannt die Einreichung eines Verzeichnisses über das der Verwaltung unterstellte Vermögen, Hinterlegung der zu demselben gehörigen Kostbarkeiten, Werthpapiere sammt den Hypothekenbriefen und Grundschuldbriefen, Umschreibung der auf Inhaber lautenden Schuldverschreibungen und Aktien auf den Namen und, sofern dies nicht als genügend erachtet wird, Sicherheitsleistung für das verwaltete Vermögen (1547); werden diese Anordnungen nicht befolgt, so soll das Vormundschaftsgericht befugt sein, die Vermögensverwaltung dem Inhaber überhaupt zu entziehen (1548). Die Voraussetzung zur Verhängung dieser Anordnungen, deren Anwendung durch die den Gemeindewaisenräthen obliegende Verpflichtung, dem Vormundschaftsgerichte in allen Fällen, in welchen Veranlassung zum Einschreiten vorhanden ist, davon Kenntniß zu geben, wesentlich erleichtert wird, bestimmt der Entwurf einerseits durch eine allgemeine Formel, andererseits durch Hervorhebung eines speziellen Falles. Was die letztere Alternative anlangt, so ist dieselbe durch den Vermögensverfall des Gewaltinhabers gegeben, während bezüglich der ersteren der Entwurf sich damit begnügt, von einer Verletzung der bezüglich der Vermögensverwaltung oder der elterlichen Nutznießung dem Gewaltinhaber obliegenden Verpflichtungen zu sprechen. Das Vorhandensein beider Voraussetzungen genügt aber an sich nicht, sondern die Besorgniß muß hinzutreten, daß für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung der Rechte des Kindes zu befürchten ist. Auch hier scheint es behufs Verhütung mißbräuchlicher Anwendung sehr empfehlenswerth, an Stelle der allgemeinen Formel eine präzisere Ausdrucksweise zu setzen; die Verpflichtungen, welche der Gewaltinhaber in Ansehung der Vermögensverwaltung und der elterlichen Nutznießung hat, sind in dem Entwurfe nicht so bestimmt angegeben,

daß der Begriff der Uebertretung derselben nicht sehr vieldeutig wäre; maßgebend für das Einschreiten des Vormundschaftsrichters ist auch nicht sowohl diese Uebertretung als vielmehr die Gefährdung der Rechte des Kindes und es wäre deshalb richtiger auf diesen Umstand das maßgebende Gewicht zu legen und denselben an erster Stelle zu betonen; es würde durchaus genügen, das Einschreiten des Richters davon abhängig zu machen, daß Thatsachen bei dem Gewalthaber vorliegen, welche eine erhebliche Gefährdung der Rechte des Kindes für die Gegenwart oder für die Zukunft besorgen lassen; übrigens muß auch hier bemerkt werden, daß die wichtigsten Bürgschaften gegen ungeeignete Einschränkungen der elterlichen Vermögensverwaltungsbefugniß in einem Verfahren zu suchen sind, das die nothwendigen Kautelen in weitgehendstem Maße besitzt; daß die Beschreitung der Rechtskraft des den Konkurs über das Vermögen des Gewalthabers eröffnenden Beschlusses die Vermögensverwaltung desselben beendigt, entspricht den gegebenen Verhältnissen.

Bezüglich des Aufhörens der elterlichen Gewalt unterscheidet der Entwurf ein Ruhen derselben, eine Beendigung und eine Verwirkung.

Die Verwirkung tritt wegen Unwürdigkeit des Gewalthabers ein, welche sich durch die Verübung einer bestimmten strafbaren Handlung verkörpert. Der Entwurf sieht die Verurtheilung wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens gegen das Kind oder an demselben verübt, zu einer Zuchthaus- oder Gefängnißstrafe von mindestens sechs Monaten als Grund der Verwirkung an (1559). Diese Bestimmung erhält zwar im Vergleiche zu dem mehrfach geltenden Rechte einen unbestreitbaren Fortschritt; kann aber gleichwohl nicht als genügend erachtet werden; die Fälle, in welchen Eltern wegen vorsätzlicher Mißhandlung ihrer Kinder zu einer Gefängnißstrafe von mindestens sechs Monaten verurtheilt werden, gehören bei der bekannten Neigung der deutschen Strafgerichte zur Verhängung mildester Strafen, zu den Seltenheiten und es muß schon eine geradezu Aufsehen erregende Mißhandlung vorliegen, bevor der Richter sich dazu veranlaßt sieht, gegen den derselben schuldigen Vater oder die schuldige Mutter eine sechsmonatliche Gefängnißstrafe auszusprechen; der Entwurf scheint diesen Satz mit Rücksicht auf den Mindeststrafsatz ins Auge gefaßt zu haben, welcher bei der Aburtheilung gewisser Verbrechen gegen die Sittlichkeit unter der Voraussetzung der Annahme mildernder Umstände ausgesprochen werden muß, R.-G.-B. §§ 174, 176; bezüglich der Verwirkung wegen Mißhandlung des Kindes ist der

Satz viel zu hoch und das Gleiche ist zu sagen bezüglich der Verwirkung wegen anderer gegen das Kind und seine Rechtsgüter begangenen vorsätzlichen Vergehen; es ist gewiß nicht zu weit gegangen, wenn man in der Verurtheilung zu zweimonatlicher Gefängnißstrafe eine Voraussetzung für die Verwirkung erblicken zu dürfen sich für befugt hält. An Stelle der im Einzelfalle verhängten Strafe das Maß der in abstracto angedrohten Strafe zu setzen, wie auch in Frage kommen könnte, scheint uns nicht angemessen, da es doch nur darauf ankommt, ob die konkrete strafbare Handlung eine so schwerwiegende Verfehlung gegen die Pflichten der elterlichen Gewalt enthält, daß um ihretwillen die Verwirkung eintreten muß. Auch aus anderen Gründen als der Verübung einer strafbaren Handlung gegen das Kind die Verwirkung eintreten zu lassen, ist ein Bedürfniß nicht vorhanden, nachdem der Entwurf in den im Vorstehenden behandelten Vorschriften der Vormundschaftsbehörde die Möglichkeit zum Einschreiten gegen den Gewalthaber zu Gunsten des Kindes in weitestem Maße gewährt hat. Daß die Verwirkung mit der Rechtskraft des Urtheils von Rechtswegen eintritt und es keiner Nachprüfung des Falles durch das Civilgericht bedarf ist nur zu billigen; aus der Fassung des Entwurfs geht aber nicht hervor, ob das Strafgericht diese Wirkung der Verurtheilung auszusprechen hat, oder das Civilgericht; zur Vermeidung von Zuständigkeitsstreitigkeiten scheint es geboten, durch eine ausdrückliche Bestimmung das Nothwendige hierüber anzuordnen und zwar dürfte es sich empfehlen, den Ausspruch der Wirkung dem Strafgerichte zu übertragen, welches hiervon von Amtswegen dem zuständigen Vormundschaftsgerichte entsprechende Mittheilung zu machen haben wird; eines Antrages auf Aussprechung bedarf es natürlich nicht.

Das Ruhen der elterlichen Gewalt soll solange eintreten, als der Inhaber derselben geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder thatsächlich an der Ausübung derselben verhindert ist und die Nothwendigkeit einer allgemeinen Fürsorge für die Person oder das Vermögen des Kindes sich für voraussichtlich längere Zeit ergiebt (1554); wenn auch die dritte Alternative die Möglichkeit gewährt, von einem Ruhen der elterlichen Gewalt auch dann zu sprechen, wenn der Inhaber zu einer längeren Freiheitsstrafe verurtheilt ist, so sollte doch dieser Fall wegen der einschränkenden Voraussetzung der Alternative ausdrücklich hervorgehoben werden. Die elterliche Gewalt müßte bei jeder Verurtheilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als

drei Monaten ruhen, ohne daß es noch weiter darauf ankommt, ob eine allgemeine Fürsorge dem Vormundschaftsrichter nothwendig erscheint oder nicht. So lange die elterliche Gewalt überhaupt besteht, ist eine solche Fürsorge, wenn auch freilich in verschiedenem Umfange geboten und der der persönlichen Freiheit beraubte Inhaber ist nicht in der Lage, den Pflichten, welche dieselbe mit sich bringt, nachzukommen.

Es wurde schon oben hervorgehoben, daß die elterliche Gewalt, wenn sie in der Person des Vaters ruht, der Mutter zusteht, daß jedoch die Nutznießung dem Vater verbleibt und es ist schon bemerkt worden, daß kein Anlaß vorhanden ist, diesen Vorschlag des Entwurfs als einem sachgemäßen beizutreten, hingegen kann man nur beistimmen, wenn im Falle der Vater wegen Verschwendung entmündigt oder die Ehe aufgelöst ist, diese Beschränkung in der der Mutter zugestandenen elterlichen Gewalt hinwegfällt (1555 Abs. 2).

Daß die elterliche Gewalt über einen Minderjährigen, dessen Familienstand seitens des Vormundschaftsgerichts nicht festzustellen ist, mit Ausnahme der Nutznießung bis zu der Feststellung ruht, entspricht der Unsicherheit, die bezüglich dieser Verhältnisse besteht (1556).

Was die Beendigung der elterlichen Gewalt anlangt, so unterscheidet der Entwurf Endigungsgründe in der Person des Gewalthabers und solche in der Person des Kindes. In der Person des Gewalthabers endet die Gewalt mit seinem Tode, mit seiner Todeserklärung und durch Eingehung einer neuen Ehe seitens der mit der elterlichen Gewalt bewidmeten Mutter (1557, Abs. 1, 1558) in letzterem Falle verbleibt jedoch der Mutter das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes in dem Umfange zu sorgen, in welchem sie neben dem Vater hierzu befugt ist, wobei sie der Vormund des Kindes als Beistand unterstützt (1558). Die Nothwendigkeit, der eine zweite Ehe schließenden Mutter die Gewalt schlechthin zu entziehen, scheint zum mindesten zweifelhaft, das natürliche Recht der Mutter auf die elterliche Gewalt kann durch die Eingehung eines neuen Ehebundes nicht beeinträchtigt oder gar beseitigt werden; befürchtet der Gesetzgeber von demselben, daß die Mutter ihren Pflichten nicht mehr so nachkommen werde, wie es vorher der Fall war, so ist ja dem Vormundschaftsgerichte die gewiß vollauf genügende Befugniß gegeben, jedem Mißbrauche der Gewalt und jeder Pflichtwidrigkeit hindernd entgegen zutreten. Ueberdies wäre es auch ganz unbedenklich, dem Familienrathe die Entscheidung darüber anzuvertrauen, ob die Mutter trotz ihrer abermaligen Eheschließung im Besitze der elterlichen Gewalt

gelassen werden soll; würde der Familienrath die Frage bejahen, so dürfte es sich sehr empfehlen, den zweiten Ehemann zum Vormund des Kindes zu bestellen. Die Regelung, welche der Entwurf vorschlägt, führt nur allzuleicht zu ärgerlichen Zwistigkeiten zwischen Mutter und Vormund, welche dem Wohle des Kindes nachtheilig sind.

In der Person des Kindes soll die elterliche Gewalt nur enden durch seinen Tod, die Annahme an Kindesstatt und die Erreichung des Alters der Volljährigkeit (1557). Der erreichten Volljährigkeit steht in dieser Beziehung die Volljährigkeitserklärung vollkommen gleich (26, 27), welche jedoch nur unter Zustimmung des derzeitigen Inhabers der elterlichen Gewalt erfolgen kann.*)

Die elterliche Gewalt soll im Gegensatz zu dem französischen Recht (code civil Art. 476) durch die Heirath des Kindes nicht endigen. In den Erörterungen zu § 27 haben die Motive zu rechtfertigen gesucht, weshalb der Entwurf die Aufnahme des Satzes, daß Heirath mündig macht, abgelehnt habe. Es wird dort ausgeführt, ein Blick in das tägliche Leben zeige, daß für die Einwilligung zur Eheschließung, vor allem bei Frauen, ganz andere Motive maßgebend seien als die Erwägung, ob der Minderjährige zur selbständigen Bewegung im bürgerlichen Verkehr befähigt sei. Anderseits sei es doch wenig zweckentsprechend, während man die Volljährigkeitserklärung in die Hand der Obrigkeit lege und von gewichtigen Voraussetzungen abhängig mache, es dem freien Ermessen des gesetzlichen Vertreters zu überlassen, ob er die stillschweigende Mündigmachung durch Zustimmung zu der Eheschließung herbeiführen wolle. Der Gesetzgeber habe die Pflicht, die Gefahren verfrühter Selbständigkeit, welche im Leben

*) Vgl. Mot. I. zu § 27: „Die elterliche Gewalt ist zwar keine einseitige Herrschaft, sondern ein gegenseitige Rechte und Pflichten begründendes Schutzverhältniß, aber die Eltern haben während der Minderjährigkeit des Kindes ein Recht auf diese Gewalt. Die Gewalt kann ihnen entzogen oder geschmälert werden, wenn sie die ihnen obliegenden Pflichten nicht erfüllen. Es wäre aber nicht gerechtfertigt, ihnen die Gewalt gegen ihren Willen zu dem Zwecke zu entziehen, um dem Kinde während der Jahre der Minderjährigkeit ausnahmsweise eine selbstständige Stellung zu verschaffen. Eine derartige Bestimmung würde die in dem natürlichen Verhältnisse wurzelnde, dem deutschen Bewußtsein entsprechende Autorität der Eltern schädigen und den Schutz abschwächen, welcher dieser Autorität im Interesse eines geordneten und gesunden Familienlebens gebührt. Das Zustimmungsrecht ist aber nicht gegeben zum Schutze lediglich eigennütziger Interessen der Eltern. Deshalb soll es nicht zustehen einem Elterntheile, dessen elterliche Gewalt auf die Nutznießung beschränkt ist.“

die Uebermacht hätten, nicht zu übersehen und je gesunder die Verhältnisse einer Ehe seien, um so weniger werde sich die Geltendmachung einer fremden Fürsorge für die Frau in unangenehmer Weise geltend machen. Dürfte auch darauf vertraut werden, daß in der Regel der Mann die Interessen der Frau wahren werde, so verdienten doch auch die Fälle, in welchen dies nicht der Fall sei, Berücksichtigung. Wenn nun auch der Entwurf im Art. 1509 bestimmt, daß der Inhaber der elterlichen Gewalt über eine Ehefrau nur das Recht haben soll, für die gesetzliche Vertretung derselben in Ansehung der ihre persönlichen Angelegenheiten betreffenden Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten zu sorgen, so muß es gleichwohl als unzweckmäßig erachtet werden, die Ehefrau einer andern Gewalt zu unterwerfen als der des Mannes. Man kann das Gewicht der von den Motiven geltend gemachten Gründe zugeben und trotzdem zu der Ansicht kommen, daß es mit dem Wesen der Ehe und der Stellung, welche die Ehegatten zu einander und gegenüber Dritten einnehmen und einnehmen müssen, unvereinbar ist, sie in wichtigen Beziehungen einer fremden Gewalt zu unterwerfen, man kann anerkennen, daß es sich bei dem minderjährigen Ehemanne in der Regel nur um eine kurze Spanne wirthschaftlicher Unselbständigkeit handelt, der in vielen Fällen durch vorhergehende oder nachfolgende Volljährigkeitserklärung abgeholfen zu werden vermag und gleichwohl zu dem Ergebniß gelangen, daß diese Unselbständigkeit, diese Abhängigkeit von einem fremden Willen mit seiner Stellung durchaus nicht übereinstimmt. Der Grund der stillschweigenden Gewaltentlassung bei der Eheschließung liegt, wie Laurent sehr richtig hervorgehoben hat, in der Natur der Ehe; dem Ehemanne steht die eheliche und die väterliche Gewalt zu; der Hausfrau ist das Recht verliehen, den Haushalt zu leiten, die darauf bezüglichen Geschäfte vorzunehmen und ihre Kinder zu erziehen. Beide Stellungen bedingen aber eine Unabhängigkeit und Freiheit des Handelns, welche sich mit der abhängigen Lage, in welcher sich der nicht emanzipirte Minderjährige befindet, nicht in Einklang bringen lassen.*)

Die Ehe begründet eine sittliche, geistig-leibliche Lebensgemeinschaft zwischen den Ehegatten, sie hat die innigste Gemeinschaft zwischen denselben, ein wahres consortium omnis vitae zum Gegenstande, in welches kein fremder Wille bevormundend eingreifen darf. Anerkennt

*) Principes du droit civil, Band 5, Nr. 192 und 195.

der Gesetzgeber gleichwohl die Geltendmachung eines fremden, bevormundenden Willens als gerechtfertigt, so schädigt er die Innigkeit des gemeinschaftlichen Lebens in nachhaltiger Weise, so giebt er nicht nur zu höchst widerlichen Einmischungen Dritter, sondern auch zu einer gewissen Entfremdung der Ehegatten Anlaß, welche unter Umständen von weittragenden Folgen sein kann. Der Ehemann soll das Haupt der Familie sein, seine Entscheidung soll im Falle der Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und seiner Frau gegenüber dieser die Uebermacht haben und gleichwohl will man ihn noch einer anderen Gewalt unterwerfen, die nicht nur bezüglich seiner Vermögensrechte, sondern auch in Ansehung seiner Person ihren Einfluß geltend machen kann. Das Ansehen, welches der Ehemann als Familienhaupt genießt, und genießen muß wird hierdurch angetastet und schwer erschüttert. Noch weit bedenklicher ist es aber, daß das Gesetz mittelbar ein Mißtrauen in der Frau erweckt und sie daran gewöhnt, sich zu ihrem Schutze an eine andere Person als denjenigen zu wenden, welchem doch die Rechtsordnung nicht minder wie die Sittenlehre die besondere Fürsorge für sie überträgt. Um diese Klippe kommen auch die Ausführungen der Motive nicht herum, daß es ja nach Art. 1637 möglich sei, der eines Vormundes bedürftigen Frau den Ehemann als Vormund zu geben. Denn diese Bestimmung greift nur dann Platz, wenn die Ehefrau nicht unter elterlicher, sondern unter vormundschaftlicher Gewalt steht, während die nachtheiligen Wirkungen der Einmischungen eines bevormundenden Willens auf das eheliche Verhältniß doch ganz dieselben sind, mag derselbe von einem Vormund oder dem Vater der Frau ausgeübt werden. Die Begründung des Entwurfs anerkennt das Berechtigte in der Geltendmachung dieser Erwägungen unter dem Gesichtspunkte der idealen Auffassung der ehelichen Gemeinschaft, glaubt aber dagegen die Rücksichten anführen zu müssen, welche den thatsächlichen Verhältnissen zu schulden sind. Sicherlich soll den Rechten der Ehefrau im vollsten Maße Genüge geschehen, allein es kann nicht zugegeben werden, daß die Anerkennung der Eheschließung als Beendigungsgrundes der elterlichen Gewalt zu einer Gefährdung der Vermögensinteressen der Frau führt. Der Gesetzgebungen, welche bisher schon diesen Grundsatz angenommen hatten, sind nicht wenige und es ist nicht bewiesen, daß in den Gebieten derselben Unzuträglichkeiten in einem Umfange sich entwickelt hätten, welche es angezeigt erscheinen ließen, zu dem entgegengesetzen System überzugehen. Kann sich aber

der Gesetzgeber nicht dazu entschließen, die Eheschließung bezüglich der elterlichen Gewalt schlechthin der erreichten Volljährigkeit und der Volljährigkeitserklärung gleichzustellen, so wäre es vielleicht besser, die Ehemündigkeit des männlichen Geschlechtes mit dem Alter der Volljährigkeit zusammen fallen zu lassen; auch die Ehemündigkeit des weiblichen Geschlechts auf das einundzwanzigste Lebensjahr festzusetzen, ist schwerwiegender wirthschaftlicher, sittlicher und gesellschaftlicher Gründe wegen nicht gut möglich; hingegen wäre es vielleicht ausführbar für die Ehefrau die Volljährigkeitserklärung auch auf Antrag des Ehemannes zu gestatten, sofern das Vormundschaftsgericht sich davon überzeugt, daß die Maßregel dem Wohle der Minderjährigen nicht nachtheilig ist. Hierdurch würde nicht nur den Bedürfnissen des Lebens soweit nur irgend nothwendig Rechnung getragen, sondern auch eine Regelung erzielt werden, welche das Wesen der Ehe und die Stellung der Ehegatten nicht antastet und von den schweren Bedenken frei ist, die man nicht etwa bloß unter dem Gesichtspunkte der Rechtsphilosophie und des Idealismus, sondern ganz besonders von dem des praktischen Lebens gegen die Vorschläge des Entwurfes erheben muß. Der Gesetzgeber kann den Zusammenhang, der zwischen den auf die Ordnung der Familienrechtsverhältnisse bezüglichen Bestimmungen und den sittlichen Anschauungen der Gesammtheit herrscht, nicht übersehen, und der ganze Inhalt des Entwurfs zeigt, daß die Reichsgesetzgebung bemüht ist, demselben, soweit er überhaupt Beachtung verdient, Rechnung zu tragen. Auch um deswillen muß es aber zum Mindesten als nicht unbedenklich bezeichnet werden, die elterliche Gewalt im Widerspruche mit den in einem großen Theile des deutschen Reiches herrschenden sittlichen Ueberzeugungen trotz der Eheschließung fortdauern zu lassen; wo, wie in den Reichslanden, Rheinhessen, in Württemberg und Bayern die entgegengesetzte Ordnung seit langer Zeit Rechtens ist und sich vollständig in die Denkweise der Bevölkerung eingelebt hat, wird ein Bruch mit derselben, der nicht durch bisher zum Vorschein gekommene Uebelstände als gerechtfertigt erscheint, nicht auf das Verständniß der Bevölkerung rechnen dürfen. —

Im Vorstehenden haben wir gegen die Fassung der auf die Regelung der elterlichen Gewalt bezüglichen Vorschriften des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs mehrfache Ausstellungen erhoben und auf verschiedene Punkte aufmerksam gemacht, in welchen dieselben nicht tadel- oder einwandfrei sind. Diese Bemängelungen beziehen

sich jedoch nicht auf die Grundsätze, von welchen die Ordnung des ganzen Gegenstandes beherrscht wird. Was diese anlangt, so sind sie des vorbehaltlosen Beifalles würdig, sie kennzeichnen sich durch den Gedanken, daß es die Pflicht des Staates ist, sich die Beschützung der Personen, welche sich selbst zu schützen außer Stande sind, ganz besonders angelegen sein zu lassen und mit aufmerksamem Auge die Art und Weise zu verfolgen, in welcher sich die mit der Erziehung und Fürsorge jener Betrauten ihrer Aufgabe entledigen, ein Gedanke, welcher der Gesetzgebung unserer Zeit vertraut ist wie kaum ein anderer. „Wenn es unbestritten die Aufgabe und Pflicht des Staates ist, nicht bloß die der Erfüllung seines Zwecks sich entgegenstellenden Erscheinungen zu beseitigen, sondern der Möglichkeit des weiteren Entstehens solcher Erscheinungen mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln entgegenzutreten, so macht sich diese Pflicht namentlich geltend in Bezug auf die Faktoren, von denen Leben und Gesundheit, die normale körperliche, geistige und sittliche Entwickelung der jungen Staatsbürger abhängt.“ Diese einer Denkschrift des Preußischen Unterrichtsministeriums entlehnten Worte müssen auch der bürgerlichen Gesetzgebung, welche die elterliche Gewalt zum Gegenstand hat, als maßgebend vorschweben und nach dem Vorstehenden bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß der Entwurf des neuen Gesetzbuchs voll und ganz die Anschauung theilt, von welcher dieselben getragen sind. —

Unsere Vorschläge gehen also dahin:

1. In § 1504, Abs. 1 wären die von dem Vormundschaftsgerichte anzuwendenden Zuchtmittel näher zu bestimmen.

2. § 1506, Abs. 2 wäre dahin zu formuliren: „Im Falle einer Verschiedenheit der Meinungen zwischen dem Vater und der Mutter entscheidet das Vormundschaftsgericht.“

3. § 1509 wäre zu streichen.

4. In § 1511, Ziffer 1 und 2 wäre der letze Satz zu streichen.

5. Für § 1546 wird folgende Fassung vorgeschlagen: „Wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt durch Mißbrauch des Rechtes, für die Person des Kindes zu sorgen, insbesondere durch fortgesetzte, bösliche oder fahrlässige Entziehung der nöthigen Nahrung oder Pflege das körperliche oder sittliche Wohl desselben gefährdet oder sonst in böslicher oder fahrlässiger Weise seinen Pflege- oder Erziehungspflichten zuwiderhandelt oder dieselben verabsäumt, so hat das Vormundschaftsgericht, sofern dieses Verhalten durch Thatsachen

bekundet wird, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen. — Sofern das Interesse des Kindes erfordert, kann das Vormundschaftsgericht auch die elterliche Gewalt entziehen."

6. § 1554, S. 2 wäre zu formuliren: „Ein solches Ruhen der elterlichen Gewalt tritt auch dann ein, wenn der Inhaber eine Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verbüßt, sowie in jedem andern Falle, wenn . . . ."

7. Zu § 1555 Satz schlagen wir vor die Worte „mit Ausnahme" bis „Mutter" zu streichen.

8. § 1557, Abs. 1 wäre zu formuliren: „Die elterliche Gewalt über das Kind wird, außer durch den Tod, durch die Volljährigkeit und Verheirathung des Kindes beendigt."

9. Zu § 1559, Abs. 1 wird vorgeschlagen an Stelle der Worte: „einer Gefängnißstrafe von sechsmonatiger" die Worte zu setzen: „einer Gefängnißstrafe von dreimonatiger."

Die Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters.

Von Rechtsanwalt Dr. jur. Karl Linckelmann II. in Hannover.

Nach dem Entwurfe sind im Verhältnisse zur Mutter die unehelichen Kinder den ehelichen Kindern grundsätzlich gleichgestellt. Zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einer- und der Mutter des Kindes und deren Verwandten andererseits bestehen die Rechte und Pflichten der Verwandtschaft; das uneheliche Kind erhält den Familiennamen der Mutter. Nur ein wichtiger Unterschied ist zum Ausdrucke gelangt: der Mutter fehlt das Recht der elterlichen Gewalt. Dieser Unterschied hat zur Folge, daß dem unehelichen Kinde während der Dauer der Minderjährigkeit ein Vormund zu bestellen ist.

Auch in dem Verhältnisse zum Vater ist eine verwandtschaftliche Beziehung anerkannt. Die Wirkung dieser Beziehung beschränkt sich aber lediglich darauf, daß der Vater eines unehelichen Kindes verpflichtet ist, dem Kinde bis zur Zurücklegung des 14. Lebensjahres den nothwendigen Unterhalt zu gewähren. Und zwar soll diese auch die Erben des Vaters bindende Verpflichtung erfüllt werden in der Form einer terminlichen im voraus fälligen Geldrente, die nur durch einen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes unterworfenen Vertrag, insbesondere Vergleich, abgelöst werden kann. Auf Gewährung des nothdürftigen Unterhaltes haftet der Vater eines unehelichen Kindes vor der Mutter.

Die Ermittelung der Vaterschaft erfolgt nicht nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen, sondern auf Grund einer gesetzlichen Vermuthung. Als Vater des unehelichen Kindes gilt nämlich Derjenige, welcher mit der Mutter desselben während der Empfängnißzeit den

Beischlaf vollzogen hat, es sei denn, daß innerhalb dieser Zeit auch von einem Anderen der Beischlaf mit der Mutter vollzogen ist. Die Empfängnißzeit liegt der Regel nach zwischen dem einhunderteinundachtzigsten und dreihundertsten Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes.

Die Ermittelung der Vaterschaft erfolgt nur auf Grund jener Vermuthung. Versagt dieselbe, weil nachgewiesen ist, daß die Mutter innerhalb der Empfängnißzeit auch mit einem Anderen geschlechtlich verkehrt hat, so bleibt nicht etwa dem Kinde der Gegenbeweis vorbehalten, daß der in Anspruch Genommene doch der Vater ist. In diesem Falle erachtet der Entwurf die Möglichkeit, den Vater zu ermitteln, als ausgeschlossen. Uneheliche Kinder, deren Mutter nachweisbar während der Empfängnißzeit mit mehreren Männern den Beischlaf vollzogen hat, sind vaterlose Kinder.

I.

Im alten Rom ist der erlaubte geschlechtliche Verkehr eingeengt in die strenge Form der Manusehe. Dessenungeachtet trifft der sittliche Makel, den die öffentliche Meinung mit dem außerehelichen Geschlechtsverkehre verband, die unehelichen Kinder nicht mit unerbittlicher Härte. Uneheliche Kinder sind zwar ohne Vater; die Mutter ist ihnen aber nicht versagt. Auch steht ihnen offen der Zugang zu dem ordo decurionum und den übrigen Ehrenstellen.

Das Bedürfniß der wirklichen Lebensverhältnisse sprengt im Verlaufe der weiteren Entwicklung die Fesseln der alten Ehe und erzeugt neben ihr den Konkubinat. Es entsprach nur dem natürlichen Drucke dieser Entwicklung, wenn den aus dem Konkubinate, einer erlaubten Verbindung, stammenden Kindern familienrechtliche Beziehungen auch zum Vater eingeräumt wurden. Mit Bezug auf andere außer der Ehe geborene Kinder bleibt dagegen der alte Rechtszustand unverändert derselbe.

Von den germanischen Volksstämmen werden die unehelichen Kinder bis in die Zeit des Sachsenspiegels hinein als rechtlos angesehen. Man nennt sie Königskinder, weil ein besonderer Schutz des Königs neben dem allgemeinen Staatsschutze als erforderlich betrachtet wurde; ihr Erbe fällt an den Fiskus (Bastardfall). Uneheliche Kinder — abgesehen von den liberi naturales der Longobarden — haben nach germanischer Auffassung nicht nur keinen Vater, sondern nicht einmal eine Mutter. Man glaubt ihnen noch eine be-

sondere Gunst zu erweisen, wenn man sie nicht vollständig auf eine Stufe stellt mit dem Dieb und dem Räuber. (Sachsenspiegel I Art. 50 § 2). Welch' herbe Rückwirkung diese ihre Recht- oder Echtlosigkeit auf die wirthschaftliche und sociale Lage der unehelichen Kinder ausgeübt hat, ergiebt sich mit besonderem Gewichte aus dem Umstande, daß ihnen fast überall in Deutschland der Eintritt in die Zünfte und in die öffentlichen Aemter versagt war.

Die öffentlich-rechtliche Ungleichheit der unehelichen Kinder ist wohl von Grund aus erst durch die revolutionären Umwälzungen des vorigen und des gegenwärtigen Jahrhunderts beseitigt worden. Weit früher aber begann sich ihre familienrechtliche Stellung zu heben.

Schon die Aufnahme des römischen Rechtes brachte ihnen die Mutter und den Schutz der mütterlichen Familie. Doch ungenügend erschien dieser Schutz dem fortschreitenden Rechtsbewußtsein. Woher nun und in welchem Augenblicke gerade den unehelichen Kindern der Vater geworden ist, wissen wir nicht. Namentlich kann es dahin gestellt bleiben, ob die gewohnheitsrechtliche Bildung aus dem 17. und 18. Jahrhundert, welche zum ersten Male in Deutschland den Mann für die Folgen einer außerehelichen Schwängerung wirthschaftlich verantwortlich machte, sich angeschlossen hat an c. 5 X de eo qui duxit in matr. 4. 7. Nur müßten Diejenigen, welche der Meinung sind, daß dieses geschehen ist, jetzt rundweg erklären: nach gemeinem Recht besteht eine Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters nicht. Denn neuerdings wird ja fast allgemein angenommen, daß die angezogene Gesetzesstelle den in sie hineingelegten Inhalt in Wahrheit nicht hat; das besprochene Gewohnheitsrecht wäre also in Folge irrthümlicher Auslegung einer Gesetzesstelle entstanden und daher kraftlos.

Langjährigen Ringens hat es bedurft, um die Unterhaltungspflicht des unehelichen Schwängerers zur unverfälschten Anerkennung zu bringen. Zwar darin, daß sie bestand, bildete sich bald allseitige Uebereinstimmung. Noch bis auf den heutigen Tag ist aber nicht abgeschlossen der Streit um den Rechtsgrund, der sie erzeugt. Der Annahme, nach welcher die Vaterschaft die rechtliche Grundlage bildet, stand die Auffassung derjenigen gegenüber, die in dem außerehelichen Erzeugungsakte ein Delikt erblickten. Erst der wissenschaftlichen Aufklärung unseres Jahrhunderts ist es vorbehalten gewesen, diesen für die ganze Rechtsstellung der Kinder so verhängnißvollen Irrthum zu

beseitigen. Allerdings spukt dieser Irrthum, wenn auch in verblaßter Gestalt, noch heut zu Tage weiter in derjenigen Meinung, nach welcher „die Thatsache des außerehelichen Erzeugungsaktes" als Rechtsgrund genügen soll. Als weitaus überwiegende Ansicht muß aber für das gegenwärtige Recht die Vaterschaftstheorie bezeichnet werden.

Diejenigen Gebiete, deren geltendes Recht an diese deutschrechtliche Entwicklung angeknüpft hat, sind weit davon entfernt, ein in allen Beziehungen übereinstimmendes Recht zu besitzen. Wenn man jedoch von unwesentlichen Einzelheiten absieht, so läßt sich ihre Verschiedenartigkeit auf einen einzigen Gegensatz zurückführen. Sie trennen sich nämlich, je nachdem in ihnen das Bestreben vorherrscht, nur den wirklichen oder schon den möglichen Vater verantwortlich zu machen. Da, wo nur der wirkliche Vater haften soll, wird dem Beklagten als Mittel zur Abwehr gewöhnlich die exceptio plurium concumbentium zur Verfügung gestellt, während die entgegengesetzte Anschauung in den meisten Gebieten praktisch wenigstens zu einer Gesammthaft aller derjenigen Personen geführt hat, welche innerhalb der Empfängnißzeit mit der Mutter den Beischlaf vollzogen haben.

Diese letztere Art der Haftung entspricht dem gemeinrechtlichen Standpunkte, gilt aber kraft partikularrechtlicher Satzung insbesondere auch in Bayern rechts des Rheins[1]), Königreich Sachsen, den beiden Mecklenburg und den thüringischen Staaten.

Beschränkt dagegen ist die Haftung in dem Geltungsgebiete des preußischen Gesetzes vom 24. April 1854, also in denjenigen preußischen Provinzen, in welche das Allgemeine preußische Landrecht Eingang gefunden hat, sowie außerdem noch in dem ehemaligen Gebiete des Kurfürstenthums Hessen, in Württemberg, Baden und Schaumburg-Lippe. Daß das erwähnte preußische Gesetz neben der exc. plur. conc. noch anderweite Einwendungen, wie beispielsweise liederlichen Lebenswandel der Mutter, für statthaft erklärt hat, mag hier nur angedeutet werden.

Abseits von der allgemeinen deutschen Rechtsentwickelung stehen die Länder, in denen der Code Napoléon das geltende Recht bildet,

---

[1]) In Bayern ist es streitig, ob eine Gesammthaft besteht; nach der entgegengesetzten Anschauung haften die mehreren Konkumbenten zunächst nur pro rata und nur subsidiär für den Antheil der Anderen. Die letztere Anschauung hat in Coburg die gesetzliche Anerkennung gefunden.

also die preußische Rheinprovinz, die rheinbayersche Pfalz und Elsaß-Lothringen, außerdem das Großherzogthum Hessen, dagegen nicht mehr Baden.

Das altfranzösische Recht, welches in dem Satze „L'enfant naturel n'a point de famille“ vollständig mit dem altdeutschen Recht übereinstimmt, hatte längst vor der großen Revolution dem Gedanken Platz gemacht, daß eine Verantwortlichkeit der Eltern, namentlich des Vaters, für die Unterhaltung des Kindes nicht entbehrt werden könne. Der Art. 340 des Code „la recherche de la paternité est interdite“ hat der Weiterentwickelung dieses Gedankens einen festen Riegel vorgeschoben, nicht weil dieser Gedanke inhaltlich schlecht gewesen wäre, sondern weil er — wie man bei der Berathung des Code wohl mit Recht annahm — in der praktischen Anwendung zu den schreiendsten Ungerechtigkeiten geführt hatte. Der Art. 340 ist anscheinend aus dem Mangel angemessener Beweisgrundsätze entstanden, der die ordnungsmäßige Anwendung des früheren Rechtes in Frage gestellt hatte.

Die Rundschau über das in Deutschland geltende Recht hat uns gezeigt, daß die Haftung des außerunehelichen Vaters anerkannt ist für ein Rechtsgebiet mit annähernd 40 000 000 Einwohner, von denen allerdings etwa 22 000 000 auf die beschränktere Form der preußischrechtlichen Haftung entfallen. 7 000 000 Einwohner ungefähr leben nach dem Grundsatz des Code civil.

Dieselbe Mannigfaltigkeit, die die gesetzliche Regelung unserer Frage in Deutschland kennzeichnet, wiederholt sich, wenn wir den Gesetzgebungen des Auslandes unsere Aufmerksamkeit zuwenden. Ein näheres Eingehen auf diese Gesetzgebungen verbietet der Raum, der uns zur Verfügung steht; wir müssen uns damit begnügen, auf die Mittheilungen Neubauers in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. III S. 321 flg., IV S. 362 flg. zu verweisen. Zur Orientirung nur sei uns noch der Hinweis gestattet, daß Oesterreich, der größere Theil der Schweiz, England und dem englischen Recht folgend viele nordamerikanische Staaten, ferner Schottland, Schweden und Spanien das Prinzip der Haftung des außerunehelichen Vaters aufgenommen haben, während die Niederlande, einige Kantone der Schweiz und Italien, letzteres jedoch, die Bestimmungen zu Gunsten der Kinder erweiternd, dem Code Napoléon gefolgt sind. —

II.

Aus der geschichtlichen Betrachtung lernen wir, daß in den Anfängen der kulturellen Entwicklung fast allgemein die sittliche Verurtheilung des außerehelichen Geschlechtsverkehres eine entscheidende Rückwirkung ausübt auf die Schicksale der aus diesem Verkehre entsprossenen Kinder. „Die Sünde" der Väter rächt sich an den Kindern. In dem Grade, in welchem sich die Erkenntniß Bahn bricht, daß nichts ungerechteres als dieses gedacht werden kann, in demselben Grade steigen die unehelichen Kinder auf der Stufenleiter der gesellschaftlichen Achtung, in demselben Grade hebt sich die rechtliche Gestaltung ihrer Lage. Das Hauptmittel dieser Hebung erblicken nun die Gesetzgebungen aller Staaten darin, daß den Kindern eine Familienangehörigkeit geschaffen wird. Fast überall ist den unehelichen Kindern eingeräumt worden ein verwandtschaftliches Verhältniß zur mütterlichen Familie. Umstritten bis auf den heutigen Tag ist aber die Frage, ob auch eine familienrechtliche Beziehung zum Vater gesetzt werden kann oder soll. Die Rechtsentwicklung in Deutschland hat diese Frage in den meisten Gebietstheilen im bejahenden Sinne beantwortet und hier eine Verantwortlichkeit des Vaters wenigstens in gewissem Umfange zum Durchbruche gebracht. Ausgenommen von dieser Entwicklung sind nur das Großherzogthum Hessen und die deutschen Rechtsgebiete des Code civil. Täuschen wir uns jedoch nicht in dem Gesetze der Entwickelung unseres Rechtsinstitutes, so wird der Art. 340 des Code nur als der Ausdruck eines vorübergehenden Rückschrittes aufgefaßt werden können. Schon ist Baden [2]), das Jahrzehnte lang nach dem Grundsatze des Code gelebt hat, zu dem alten Rechte zurückgekehrt. Und schon deutet alles darauf hin, daß der Art. 340 auch da, wo er noch gilt, die längste Zeit in Anwendung gewesen sei. Gegen die Versagung der Vaterschaftsklage ist in den letzten 20 Jahren eine lebhafte Gegenströmung aufgetreten.

Nach 1863 konnte Professor Dr. Unger (Wien) auf dem dritten Deutschen Juristentage erklären:

> „Denn ich glaube, ein Rückschritt von der aufgehobenen Paternitätsklage zur Einführung derselben ist dort, wo man die Paternitätsklage einmal abgeschafft hat, geradezu unmöglich."

²) Nach Braun (Faucher'sche V. J. Schr. f. V. und K. II. Jahrg. Bd. II S. 31 flgde.) scheint man in Baden allerdings mit der Aufhebung des Grundsatzes des Code nicht zufrieden zu sein.

.... Ich denke, es wird die Zeit kommen, daß al Paternitätsklagen hinwegfallen werden."

"....Ich glaube also, daß es die Aufgabe der Gese gebung sein soll, dahin zu steuern, daß endlich einmal d Paternitätsklage mit allen sittlichen Nachtheilen, die sie i ihrem Gefolge hat, definitiv beseitigt werde." .... (Verhand des III. Deutschen Juristentages S. 224, 241 flgde.)

Jener Juristentag läßt überhaupt eine starke Hinneigung zu code civil erkennen. Die These „Vaterschaftsklage" mit enger Ei schränkung — die übrigens erst auf dem 4. Juristentage zur Annahm gelangte — wurde nur in dem Sinne eines Ueberganges zur völlig Beseitigung der außerehelichen Vaterschaft befürwortet. Wie Ung äußert sich Braun in der Faucherschen Vierteljahrsschrift für Volk wirthschaft und Kulturgeschichte II. Jahrgang Bd. II S. 17 (1864

Jene Worte haben sich nicht bewahrheitet, die Prophezeihunge sind nicht in Erfüllung gegangen. Gerade in denjenigen Länder in denen der Code gilt, mehren sich die Stimmen für die Ane kennung der unehelichen Vaterschaft.

In Frankreich sind bereits zwei Gesetzentwürfe eingebra worden, welche die erweiterte Verantwortung des unehelichen Vate zum Gegenstand haben. Der erste von mehreren Mitgliedern d Senats verfaßte Entwurf aus dem Jahre 1878 schließt sich allerdin noch eng an die Bestimmungen des code civil an, indem er den v diesem Gesetze zugelassenen Ausnahmen zu Gunsten des Kindes n einige weitere Ausnahmen hinzusetzt. Mit dem System des Co bricht aber schon vollständig der von dem Abgeordneten Rivet d Deputirtenkammer im Jahre 1883 vorgelegte Entwurf. Sein erst Artikel lautet:

„La recherche de la paternité est admise, pourvu qu y ait preuves écrites, ou faits constants, ou témoignag suffisants."

In der Literatur ist der Protest gegen den Code verknüpft n dem Namen des Ed. Fuzier-Herman (De la protection légale des enfa contre les abus, de l'autorité paternelle, mémoire couronné p l'Académie de législation de Toulouse) und des Alexandre Dumas f (La recherche de la paternité, lettre à M. Rivet, Député). Bei fordern, daß der Beweis der unehelichen Vaterschaft auch gegen d Willen des Vaters zugelassen werden soll. Während aber Ed. Fuzi Herman sich darauf beschränkt, die Erwartung auszusprechen, d

im Sinne seiner Forderung unter dem Drucke der öffentlichen Meinung von Rechtskundigen ein Gesetzentwurf ausgearbeitet werde, hat Alexander Dumas seine Vorschläge schon in bestimmte Artikel gefaßt. Nach diesen Vorschlägen ist der Junggeselle verpflichtet, dem Kinde Namen und Unterhalt zu geben. Der Ehemann aber, von welchem das Kind den Namen nicht empfangen kann, sowie derjenige, dessen Mittel zum Unterhalte des Kindes nicht reichen, soll mit Gefängniß von 2 bis zu 5 Jahren bestraft werden. Die Mutter, welche zum Zwecke der Spekulation oder des Skandales einen Unschuldigen verfolgt hat, trifft die Strafe des Meineides oder der Urkundenfälschung. Abtreibung soll mit 10—20 Jahren Zwangsarbeit, Kindesmord mit dem Tode bestraft werden. In seinen strafrechtlichen Vorschlägen überschreitet Dumas offenbar das erreichbare Maß. Den Gesetzgeber Dumas hat hier die Begeisterung des Dichters fortgerissen.

Man wende nicht ein, daß wir es nur mit den vereinzelten Stimmen weniger Deputirter und Schriftsteller zu thun hätten. Schwer greifbar ist ja allerdings der Stand der öffentlichen Meinung in Betreff eines Rechtsinstitutes. Wenn aber irgend etwas zur Ermittlung desselben geeignet ist, so ist es die Spruchpraxis der Gerichte. In diesen Zusammenhang gehört dasjenige, was Kohler in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 25 S. 262, insbesondere S. 277 flgde. von der rechtsschöpferischen Kraft der Jurisprudenz behauptet. Den Fortschritten der Kultur und der Meinungen steht die Rechtsprechung nicht unbeweglich gegengenüber. Demselben Gesetze entringt die Erkenntniß neuer Bedürfnisse die Keime zu neuer fruchtbringender Anwendung. So ist bei uns die lex Aequilia ausgedehnt worden, so vielleicht das Haftpflichtgesetz, so die bösliche Verlassung unter Ehegatten.[3]) Wo aber solche Schöpfungen sich zeigen, da darf man den sicheren Rückschluß wagen, daß die veränderte Anwendung des Gesetzes in den weitesten Kreisen der Bevölkerung als Bedürfniß empfunden wird.

Nun lese man nach bei Kohler a. a. O. S. 278 flgde., in welcher Weise es die französische Rechtsprechung verstanden hat, den Art. 340 Code civil zu umgehen. „Ursprünglich galt jeder Deflorationsanspruch als ausgeschlossen; aber die Praxis ging darüber

[3]) Vergl R. G. E. Bd. I S. 324, Bd. IX S. 190, Bd. VIII S. 160.

hinweg, sie hat sich geholfen, indem sie den Art. 1382 Code civil ins Treffen führte: der Verführer begeht ein Unrecht an der Verführten, und dieses verpflichtet ihn zum Schadensersatz." Bei Bemessung des Schadens werden aber im Verlaufe der weiteren Entwicklung die Folgen berücksichtigt, die aus dem Geschlechtsumgang und damit aus der Verführung entstanden sind. Die Entschädigung wird deshalb höher bemessen, „weil die Verführung zum Dasein der Kinder geführt und dadurch die Ernährungspflicht der Mutter begründet hat. So kommt man dazu, daß die Entschädigung nach Maßgabe der Bedürfnisse der Kinder festgesetzt, daß sie gar in einer auf das Leben der Kinder gestellten Rente fixirt wird." Aeußerst belehrend ist auch der schreiende Fall einer Verführung, von welchem A. Dumas a. a. O. S. 54 flgde. berichtet; das Erkenntniß I. Instanz, welches den Verführer zu 10 000 Franks Entschädigung aus den mitgetheilten Gründen verurtheilte, wurde allerdings in letzter Instanz kassirt. Noch waren die Gedanken nicht bis zu vollständiger Klarheit ausgereift.

„Würde allerdings", so fährt Kohler a. a. O. S. 282 fort: „der Napoleonische Grundsatz des Art. 340, dieser Grundsatz aus der Consulat- und Empirezeit, noch lebendig in uns walten, würde das Prinzip, welches damals die Gesetzeswelt bewegte, in unserem Innern einen vollen Widerhall finden, die ganze Entwicklung wäre zurückgeprallt, und man hätte einstimmig entgegnet, daß jede Prüfung des Causalnexus zwischen Verführung und Kindergeburt dem gesetzlichen Satze widerspreche" ......

Wenn wir jetzt noch hinzufügen, daß die italienische Rechtsprechung ganz ähnliche Bahnen wie die französische gewandelt ist und daß auch in Holland die Aufhebung des Verbots der Nachforschung der Vaterschaft von gewichtiger Seite gefordert wird[4]), so wird man nicht daran zweifeln können, daß sich der geistige Abfall vom Grundsatz des Code in Wirklichkeit schon fast überall vollzogen hat.

Das die Entwicklung treibende Gesetz lautet auf Erweiterung der Rechtsstellung der unehelichen Kinder unter Stärkung ihrer Familienbeziehungen.

---

[4]) Vergl. die von den Motiven Bd. IV S. 866 erwähnte Abhandlung von Fockema Andreae, hoogleerar te Leiden.

III.

Das Problem, das dem Gesetzgeber vorliegt, kann einer vollständigen Lösung nicht zugeführt werden.

Unleugbar ist die Lage der unehelichen Kinder im Durchschnitte eine trostlose. Nach statistischer Feststellung verhält sich die Sterblichkeit der ehelichen Kinder zu den unehelichen in vielen Ländern des Deutschen Reiches wie 5 zu 8. In Frankreich kommen unter 100 unehelichen Kindern 8,02 todt geboren zur Welt, während mit Bezug auf eheliche Kinder das Verhältniß sich nur auf 4,03 stellt. Das Budget der Gemeinden ist durch das Conto der unehelichen Kinder außerordentlich belastet. In der Stadt Hannover befinden sich beispielsweise, abgesehen von den durch besondere Waisenstiftungen untergebrachten Kindern, 550 Kinder zur Zeit in Armenpflege; darunter sind 171 Kinder unehelicher Geburt, für welche ein monatliches Pflegegeld von 1 270 Mark 25 Pf. bezahlt wird. Die verhältnißmäßig starke Betheiligung der außer der Ehe geborenen Kinder an dem Verbrecherthum eines Landes steht außer Zweifel, wenn auch nicht überall der zahlenmäßige Beleg zu erbringen ist.

Die Ursachen dieser erschütternden Wahrheit liegen zum Theil darin, daß uneheliche Kinder in einem überwiegenden Verhältnisse innerhalb der ärmeren Schichten der Bevölkerung geboren werden. Die Hauptursache aber ist zu erblicken in dem Mangel einer mütterlichen Pflege und in dem Mangel einer Erziehung. Und dieser Mangel steht mit dem Mangel einer Familie in unzertrennbarem Zusammenhange.

Das verwandtschaftliche Verhältniß zur Mutter und zur mütterlichen Familie beseitigt diesen Mangel nur in den wenigsten Fällen. Die Vortheile einer Familienerziehung können in der Regel nicht gewährt werden durch die Kräfte einer Frau, welcher der Schutz eines Mannes nicht zur Seite steht, zumal wenn dieselbe, wie es so häufig geschieht, ihres Fehltritts wegen von der eigenen Familie verlassen ist und sich ganz auf sich allein angewiesen sieht. Tritt aber selbst die Familie der Mutter sorgend ein, so ersetzt diese Sorge dem Kinde doch immer noch nicht die elterliche Familie.

Die Eltern sind es allein, deren gemeinschaftlichen Anstrengungen es gelingen kann, dem Kinde dasjenige zu gewähren, auf welches seine Hülfsbedürftigkeit ihm ein natürliches Anrecht giebt.

Dieser Gedankengang führt kategorisch zu dem Satze: Der uneheliche Vater ist verpflichtet, die Mutter zu heirathen.

Denn so wie die gesellschaftlichen Einrichtungen einmal liegen, kann eine gemeinschaftliche Erziehung durch die Eltern ausschließlich gewährt werden in einer auf die Ehe gegründeten Familie. Die gegentheilige Annahme würde, da die gemeinschaftliche Erziehung ein Zusammenwohnen der Eltern voraussetzt, den Konkubinat der Ehe rechtlich gleichstellen und damit die Ehe vernichten.

Zu allen Zeiten ist man sich des ausgesprochenen Satzes bewußt gewesen.

So heißt es in Moses II Kap. 22, 16:

„Wenn Jemand eine Jungfrau beredet, die noch nicht vertrauet ist, und beschläft sie, der soll ihr geben ihre Morgengabe und sie zum Weibe nehmen".

Der Inhalt dieser Bestimmung hat Aufnahme gefunden in cap. I X de adulteriis et stupro (5, 16). Napoleon äußert sich bei Berathung des code civil:

„Si la paternité pouvait être prouvée, il faudrait même le forcer à épouser la mère" . . . .

Den Gesetzgebern der biblischen und kanonisch-rechtlichen Bestimmung stand allerdings wohl im Vordergrunde der Erwägung das Interesse der Mutter, und nicht des Kindes; nur so erklärt sich auch die Bevorzugung der Jungfrau.

Obiger Folgesatz kann nicht zum Gesetz erhoben werden. Die erzwungene Ehe wäre fast ein noch größeres Uebel als dasjenige ist, dessen Heilung man anstrebt, ganz abgesehen davon, daß in dem Falle, wo der Vater Ehemann ist, die Ehe mit der Mutter des Kindes ausgeschlossen ist. Die Forderung des Kindes, daß die Eltern sich seiner Erziehung wegen heirathen, ist unerfüllbar gegenüber den wirklichen Lebensverhältnissen. Dem besonderen Interesse des Kindes stellt sich unüberwindlich entgegen das allgemeine Interesse an der Unantastbarkeit des gegenwärtigen Charakters der Ehe.

Aus diesen Gegensätzen bieten sich dem Gesetzgeber nur zwei Auswege:

Entweder: er läßt das Interesse des Kindes untergehen zu Gunsten der Ehe. Das ist der altgermanische und altfranzösische Standpunkt. L'enfant naturel n'a point de famille.

Oder: es wird der Versuch gemacht einer Ausgleichung der Gegensätze durch Zugeständnisse von beiden Seiten.

Daß für den Gesetzgeber der Gegenwart nur noch der letztere Weg gangbar ist, kann aus dem Grunde kaum bezweifelt werden,

weil es längst als unsittlich erkannt ist, die Kinder unter dem Fehltritte der Eltern leiden zu lassen; für die Aufrechterhaltung der Ehe ist es aber weder nothwendig noch auch zweckmäßig, daß die Interessen der unehelichen Kinder vollständig geopfert werden.

Das Ergebniß dieser Erörterungen erklärt uns den Gang der geschichtlichen Entwickelung, dessen allgemeiner Charakter durch ein Hin- und Herschwanken zwischen den beiden entgegengesetzten Interessenpolen, durch eine Politik der Zugeständnisse gekennzeichnet wird. Die Grenze dieser Zugeständnisse läßt sich nun im allgemeinen so umschreiben:

Das Kind muß auf denjenigen Vortheil verzichten, den allein das Zusammenleben der Eltern gewährt. In der Umkehrung verpflichtet dieser Satz die Eltern, dem Kinde alles dasjenige zu gewähren, was sie ohne Zusammenleben gewähren können. Den Vater nicht minder als die Mutter; denn mit beiden Elterntheilen ist das Kind verwandt.

Die Bedürfnisse des Kindes umfassen die Sorge für die Person und den Unterhalt. Für den Unterhalt im weitesten Umfange können beide Eltern, vielleicht auch deren Verwandte, verantwortlich gemacht werden. Auch der Anerkennung erbrechtlicher Beziehungen stehen unüberwindliche Hindernisse nicht entgegen. Bei der Erziehung muß jedoch eine Wahl getroffen werden, weil eine gemeinschaftliche Erziehung ausgeschlossen ist. Mit Rücksicht darauf, daß die Mutter dem Kinde physisch näher steht als der Vater, erscheint es gerecht, der Mutter das Recht und die Pflicht der Erziehung zu überweisen. Den Namen könnte das Kind vom Vater, wenn er nicht schon verheirathet ist, ebenso gut wie von der Mutter empfangen.

Weiter darf keine Gesetzgebung eines Landes gehen, in welchem das Zusammenleben der Geschlechter auf die Ehe gegründet ist. Auch bei den äußersten Zugeständnissen wird daher immer in einer großen Anzahl von Fällen die Möglichkeit bestehen bleiben, daß eine Versorgung nicht gewährt wird. In diesen Fällen sind die Gemeinde oder der Staat verpflichtet einzutreten. Diese Hülfe darf nicht allein nach dem Gesichtspunkte der Armenunterstützung bemessen werden; sie muß vielmehr auf das Ziel lossteuern, den durch die Gesetzgebung nicht zu beseitigenden Mangel, den Mangel der Erziehung der unehelichen Kinder, durch geeignete Maßnahmen zu heben oder doch in seinen Folgen zu lindern. —

Unser stillschweigender Ausgangspunkt war bislang die Thatsache,

daß der außereheliche Geschlechtsumgang neben dem ehelichen eine unabwendbare Nothwendigkeit ist. Es entsteht die Frage, ob es nicht gesetzgeberisch möglich sei, den außerehelichen Geschlechtsumgang selbst einzuschränken oder in geregeltere Bahnen zu weisen. Eine erschöpfende Erörterung dieser Frage, namentlich des Verhältnisses unseres Themas zu der von der Gesetzgebung nur zu wenig beachteten Prostitution, würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Nur in einer Richtung, die einen besonders nahen Zusammenhang aufweist mit unseren Untersuchungen, sei uns noch eine kurze Bemerkung gestattet.

Die Statistik macht wahrscheinlich, daß der Wegfall der mannigfaltigen Schranken, welche vor dem Inkrafttreten der Reichsgewerbeordnung und des Freizügigkeitsgesetzes der Eheschließung entgegenstanden, die Zahl der außerehelichen Geburten sehr wesentlich verringert hat. Während innerhalb des jetzigen Gebietes des Deutschen Reiches von 1841 bis 1866 der Prozentsatz der außerehelichen Geburten zwischen 10 und 12,4 schwankt und 1866 noch die Höhe von 12,1 behauptet, zeigt sich seit 1866 eine allmähliche Abnahme. Am günstigsten sind die Jahre 1875 und 1876 mit nur 8,6 Prozent betheiligt; bis zum Jahre 1885 ist aber das Verhältniß trotz des dazwischen liegenden wirthschaftlichen Nothstandes noch nicht wieder über 9,6 Prozent gestiegen.

Diese günstige Folge erleichterter Eheschließung dürfte nur dann im vollen Maße der Glückseligkeit der Bevölkerung nutzbar sein können, wenn gleichzeitig die Scheidung der Ehen erleichtert würde. Je leichter die Bedingungen sind, unter denen eine Ehe geschlossen werden kann, um so zahlreicher werden die Fälle unüberlegter Eheschließung sein, um so häufiger wird es vorkommen, daß die sittlichen Grundlagen, auf denen die Ehe beruht, binnen kurzer Zeit zerstört sind. Die engen Grenzen aber, in welche das gemeine protestantische Eherecht die Möglichkeit der Scheidung gebannt hat — Grenzen, die trotz der entgegenstehenden Gerichtspraxis durch den Entwurf wiederum weiter zurückgelegt sind — sind unter solchen Umständen, wie die tägliche Erfahrung lehrt, nur zu leicht geeignet, ehebrecherische Verhältnisse zu begünstigen. Man denke insbesondere an den so vielfach vorkommenden Fall, in welchem der Ehemann durch Trunksucht und dadurch verschuldete Arbeitslosigkeit seine wirthschaftlichen Kräfte vernichtet hat und unbekümmert um das Wohl und Wehe seiner Familie dahinlebt. Hier wird es begreiflich, daß die Frau in

ihrem eignen Interesse und im Interesse ihrer Kinder die Anlehnung sucht an fremden Mannesschutz. Es verdient die sorgfältigste Erwägung, ob nicht in solchen und ähnlichen Fällen die Scheidung der Ehe gestattet werden müßte, um dem unschuldigen Ehegatten den Eintritt in gesundere Verhältnisse zu ermöglichen. Der Gesetzgeber würde damit in ähnlicher Weise Interessengegensätze ausgleichen, wie wir es oben von ihm verlangten. Nur daß die Kinder hierbei erst in zweiter Linie in Frage kämen. Die Wirkung erleichteter Ehetrennung in dem angedeuteten Sinne würde sich nämlich geltend machen in einer Verringerung ehebrecherischer Verhältnisse. Eine große Anzahl Kinder, die jetzt geboren werden als erzeugt „ex complexibus nefariis", würden dann als eheliche Kinder zur Welt kommen.

IV.

Durch die elementare Thatsache der Blutsverwandtschaft ist die Verpflichtung gegeben, daß die Eltern, und namentlich auch der Vater, für das von ihnen erzeugte uneheliche Kind sorgen. Anerkannt ist diese Verpflichtung in den meisten Landestheilen des Deutschen Reiches und in vielen Staaten des Auslandes. Und da wo die Unterhaltungspflicht des Vaters nicht anerkannt ist, wird die Anerkennung durch gewichtige Stimmen der öffentlichen Meinung gefordert.

Welches sind denn nun die Gründe, welche von den Vertretern des entgegengesetzten Standpunktes angeführt werden?

Auch bei ihnen besteht darin keine Uneinigkeit, daß der Vater eines unehelichen Kindes durch Gefühl und Sitte verpflichtet wird, seines Kindes sich anzunehmen. Was man bestreitet, ist nicht sowohl das Dasein dieser Pflicht als vielmehr die Möglichkeit oder Zweckmäßigkeit, diese Pflicht als erzwingbare Rechtsverpflichtung aufzustellen. Im Zusammenhang hiermit hat der Streit um den Gegenstand unserer Untersuchung die von vorn herein schiefe Form der Fragstellung angenommen: „Vaterschafts**klage** oder nicht?"

Diese Fragstellung giebt denjenigen, welcher die Anerkennung der Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters als einer Rechtspflicht nicht wollen, einen nicht gerechtfertigten Vortheil. Denn damit verlegt sich der Schwerpunkt des Streites auf die Prüfung der Schwierigkeiten, die mit der prozessualischen Geltendmachung jener Pflicht verknüpft sind. Nur zu leicht vergißt man aber dabei, daß die Klage aus einem Rechtsverhältnisse doch nur die Ausnahme bildet, man vergißt, daß die Verpflichtung des unehelichen Vaters,

wenn sie als Rechtspflicht anerkannt ist, in der Regel schon ohne Klage erfüllt werden wird, und daß sie bei dieser Voraussetzung jedenfalls in weit zahlreicheren Fällen zur Befriedigung gelangt als wenn sie nur als sittliche Pflicht besteht. Diese Erwägung dürfte geeignet sein, das Gewicht derjenigen Gründe, welche „gegen die Vaterschaftsklage" ins Treffen geführt sind, in erheblichem Grade abzuschwächen.

Weitaus der wichtigste und schwerwiegendste aller dieser Gründe ist die Behauptung, daß es schwierig, ja unmöglich sei, Gewißheit über die Vaterschaft zu erlangen. Aus der Vollziehung des Beischlafes mit der Mutter während der Empfängnißzeit folge immer nur die Möglichkeit der Vaterschaft; die Erzeugung selbst sei eine in ein Naturgeheimniß eingehüllte Thatsache.

Gegenüber der von den Motiven Bd. IV. S. 868 flg. gegebenen technisch-juristischen Widerlegung, in der namentlich auch und mit Recht auf die freie Beweiswürdigung der C. P. O. Bezug genommen wird, können wir uns an dieser Stelle darauf beschränken, der aufgestellten Behauptung diejenigen Stützen zu entziehen, die wir „die historischen" nennen möchten. Man hat sich nämlich zum Nachweise jener Behauptung auf das römische Recht und den code civil berufen. Nach beiden Seiten hin fehlt dieser Berufung die thatsächliche Grundlage.

Es ist nicht wahr oder wenigstens nicht nachweisbar, daß das römische Recht den unehelichen Kindern allein aus dem Grunde der Unbeweisbarkeit der Vaterschaft den Vater geweigert hat. Vulgo quaesiti werden nicht nur diejenigen Kinder genannt, welche den Vater nicht nachweisen können, sondern auch diejenigen, welche zwar dazu in der Lage sind, denen es aber nicht erlaubt ist, den nachgewiesenen Vater als solchen anzurufen. Die letztere Gruppe von Kindern heißt daneben „spurii". (fr. 23 D. de stat. homin. 1. 5.) Wenn man mit dieser Stelle vergleicht, daß die aus dem Konkubinat erzeugten Kinder, nachdem ein solch' dauernder Geschlechtsumgang für erlaubt angesehen worden war, in ein verwandtschaftliches Verhältniß zum Vater eingetreten sind, so wird man sich dem Eindruck nicht verschließen können, daß für den Standpunkt des römischen Rechtes nicht sowohl die Unmöglichkeit des Beweises als vielmehr die Unerlaubtheit des außerehelichen Geschlechtsumganges maßgebend gewesen ist. In dem Worte „spurii" (vom griechischen σπειρω) gelangt dieser Standpunkt deutlich zum Ausdrucke, in dem damit die

natürlich Erzeugten bezeichnet werden, denen in dem Augenblicke ihrer Erzeugung und Geburt die Weihe des Rechtes nicht zur Seite stand.

Für die Verfasser des Code scheint allerdings die Annahme der Unbeweisbarkeit der Vaterschaft den Ausschlag gegeben zu haben. Es ist aber daran zu erinnern, was schon S. 450 angedeutet wurde, daß diese Annahme beeinflußt war durch ein Beweisrecht, das sich total geändert hat. Nach dem Zeugnisse des Ed. Fuzier-Herman a. a. O. S. 43. sind die Mißstände, welche mit den Vaterschaftsklagen vor der Revolution verknüpft waren, nicht zurückzuführen auf das Prinzip der Nachforschung der Vaterschaft, sondern auf die Art und Weise der Beweisführung, welche angeblich in dem Satze gipfelte: „Creditur virgini parturienti". Die Erfahrungen, welche unter der Herrschaft eines solchen Beweisrechtes gemacht worden sind, können gegenüber der freien Beweiswürdigung der C. P. O. nicht verwerthet werden.

Daß dem Nachweise der Vaterschaft besondere Schwierigkeiten entgegenstehen, kann keinen Augenblick geläugnet werden. Die Thatsache der Erzeugung ist noch niemals mit den Sinnen wahrgenommen worden und wird niemals wahrgenommen werden können. Diese physiologischen Schwierigkeiten bestehen aber auch in dem Nachweise der ehelichen Vaterschaft (vergl. Bernhöft, Zeitschr. für vergl. R. W. Bd. IV. S. 228) und werden hier den Kindern gegenüber keineswegs, wie Braun a. a. O. S. 9. behauptet, durch den unter den Eltern geschlossenen Ehevertrag beseitigt. Wo giebt es denn aber überhaupt für den Richter absolute Gewißheit? Warum soll zum Nachtheil der unehelichen Kinder das System der Schlußfolgerungen ausgeschlossen sein, das doch sonst überall mit so großer Freiheit geübt wird? Mit demselben Rechte könnte man für die Straflosigkeit des Meineides eintreten. Das Bewußtsein, welches der Schwörende bei Ableistung des Eides gehabt hat, ist eine in der Seele des Schwörenden verborgene und demnach für jeden Dritten gleichfalls eine „in ein Naturgeheimniß" gehüllte Thatsache.

Was die sonstigen Gegengründe anbetrifft, so können dem Entwurf alle diejenigen Gründe nicht entgegengesetzt werden, nach welchen durch die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft für die Frauenspersonen eine Veranlassung geboten sein soll, aus dem außerehelichen Geschlechtsumgange eine Quelle des Erwerbes zu machen. Die Zuflüsse zu dieser Quelle sind durch die exceptio plurium concumbentium verstopft sowie durch den Umstand, daß der Anspruch gegen den Vater dem durch einen Vormund vertretenen Kinde überwiesen ist.

Kein Gehör verdient ferner der Einwand, daß das Glück und der Frieden vieler Familien durch die Zulassung der Vaterschaftsklage untergraben und daß unter Berufung auf die Unterhaltungspflicht eine Menge von Erpressungen und Betrügereien verübt werden würden. Denn ebenderselbe Erfolg kann, wie Jhering auf dem driten Juristentage (vergl. Bd. II S. 265 flg., insbes. S. 267) überzeugend ausgeführt hat, durch Drohungen und Anzeigen auch in demjenigen Falle erreicht werden, in welchem eine Vaterschaftsklage nicht angestellt werden kann. Ueberdies stehen doch den Interessen der ehelichen Familie nun einmal die Interessen der unehelichen Kinder gegenüber. Und die Waage sinkt zu Gunsten der Letzteren, wenn man die einfache Thatsache bedenkt, daß ihre Bedürfnisse auf Nahrung und Wohnung stets dieselben sind, gleichviel ob ihr Vater verheirathet ist oder nicht. Wer Skandal und Familiengeschichten fürchtet, der übe Enthaltsamkeit. Die Ehemänner der Verantwortung entziehen hieße eine Prämie auf den Ehebruch setzen. Unbewiesen ist endlich die Behauptung, daß der uneheliche Vater durch Religion und Sitte gedrängt seine Pflichten vollständiger und besser erfüllen würde als wenn er unter dem Drucke einer Zwangspflicht handele. In Frankreich werden nach Ed. Fuzier-Herman a. a. O. S. 29 nur ein Fünfzehntel aller unehelichen Kinder von ihren Vätern freiwillig anerkannt.

Nur ein Bedenken bleibt jetzt noch eingehender zu prüfen, welches dadurch besonders ins Gewicht fällt, daß es den Zahlen amtlicher Statistik entnommen ist. Man sagt, daß die rechtliche Anerkennung der unehelichen Vaterschaft als einer Zwangspflicht eine allgemeine Vermehrung der außerehelichen Geburten verursache, und pflegt sich wohl zur Erklärung dieser angeblich feststehenden Thatsache darauf zu berufen, daß die Widerstandsfähigkeit der Frauenspersonen geschwächt werde, wenn dieselben der künftigen Sorge für das Kind sich überhoben wüßten.

Diese Erklärung klingt sehr unwahrscheinlich. Denn einerseits bleiben ja doch auch da, wo die Vaterschaft anerkannt ist, die Frauenspersonen, wenn auch hinter den Männern, für den Unterhalt der Kinder verhaftet und haben die Last der Erziehung. Auf der anderen Seite aber: Wer bürgt denn dafür, daß nicht im entsprechenden Maße die Angriffslust der Männer gesteigert werde, wenn dieselben durch den Schild der wirthschaftlichen Unverantwortlichkeit gedeckt sind?

Thatsächlich richtig ist, daß in Frankreich weniger uneheliche

Kinder geboren werden als im Deutschen Reiche. Unter 100 Lebendiggeborenen waren beispielsweise uneheliche Kinder:

	1881	1882	1883	1884	1885	1886
in Deutschland	8,6	8,8	8,8	9,1	9,0	9,0 %
in Frankreich	7,1	7,3	7,6	7,7	7,7	7,8 %.

Thatsächlich richtig ist auch, daß die deutschen Rechtsgebiete des Code sowie des Großherzogthums Hessen an den unehelichen Geburten weniger betheiligt sind als in dem Durchschnitt des Deutschen Reiches. So bewegt sich in dem Zeitraum 1877—1886 der Prozentsatz der unehelichen Kinder in der preußischen Rheinprovinz zwischen 3,06 und 3,47, in dem Großherzogthum Hessen zwischen 5,66 und 6,21, in der bayerischen Rheinpfalz und Elsaß-Lothringen zwischen 6,24 und 7,32, während die Durchschnittsziffer in Deutschland während desselben Zeitraums zwischen 8,7 und 9,5 % liegt.[5])

Das Gewicht dieses günstigen Prozentsatzes wird auch dadurch nicht gemindert, daß man das Verhältniß aller gebärfähigen Frauen zu den unverheiratheten Frauen heranzieht. Im Jahre 1880 waren durchschnittlich im Deutschen Reiche von 100 gebärfähigen Frauen unverheirathet 39,3, in der bayerischen Rheinpfalz 35,2, im Großherzogthum Hessen 37,4, in der preußischen Rheinprovinz aber 42,3 und in Elsaß-Lothringen sogar 43,3 %.

Von diesen feststehenden Thatsachen aber bis zu der Annahme eines Zusammenhanges mit dem Verbote der Nachforschung der unehelichen Vaterschaft ist noch ein weiter und sehr gewagter Sprung.

Diesen Sprung zu machen, daran hindert uns dieselbe Lehrmeisterin, die Statistik, indem sie uns eine ganze Reihe anderer Thatsachen vorführt, die den unterstellten Zusammenhang durchbrechen.

Zunächst ist zu beachten der Unterschied zwischen der preußischen Rheinprovinz einer- und der bayerischen Rheinpfalz und Elsaß-Lothringen andrerseits. Der hohe Durchschnitt in Deutschland wird hauptsächlich verursacht durch Bayern rechts des Rheins — mit 13,83 bis 15,13 % unehelicher Kinder in den Jahren 1877—1886 — und Berlin — mit 13,35—13,85 % unehelicher Kinder in dem bezeichneten Zeitraume —. Ebenso günstig oder günstiger gar als die bayerische Rheinpfalz und Elsaß-Lothringen sind dagegen eine größere Zahl von

[5]) Wenn diese Ziffer mit der oben Frankreich gegenüber zum Vergleich gestellten Ziffer nicht genau stimmt, so hängt das damit zusammen, daß in der jetzt angewandten Ziffer die Todtgeborenen mitgerechnet sind.

Ländern betheiligt, in denen die Haftung des unehelichen Vaters anerkannt ist, so in den Jahren 1877—1886 Posen mit 6,32—7,18 %, Regierungsbezirk Oppeln mit 5,98—6,68 %, ferner die Provinz Hannover ohne Hildesheim, die Regierungsbezirke Minden und Münster, sodann Oldenburg, Bremen, Hessen-Nassau, Waldeck und die beiden Lippe mit 5,14—6,21 % unehelicher Kinder.

Auffallend ist weiterhin, daß innerhalb desselben Rechtsgebietes, ja derselben Provinz, die erheblichsten Schwankungen sich zeigen. In dieser Beziehung sei nur erwähnt, daß die Provinz Hannover ohne Hildesheim mit 5,14—5,69 % betheiligt ist, während der Regierungsbezirk Hildesheim allein 8,92—9,69 % aufweist; in der Provinz Schlesien sind die Regierungsbezirke Liegnitz und Breslau mit 11,80—13,67 %, der Regierungsbezirk Oppeln dagegen nur mit 5,98 bis 6,86 % notirt. Diese Angaben beziehen sich stets auf den Zeitraum 1877—1886.

Endlich aber wäre zu erwarten, wenn die niedrige uneheliche Fruchtbarkeit einen Schluß zulassen soll auf den Sittenzustand eines Landes, daß die eheliche Fruchtbarkeit im umgekehrten Verhältnisse steigen würde. Würde nämlich der Grad unehelicher Fruchtbarkeit dem Grade der ehelichen Fruchtbarkeit entsprechen, so müßte nothgedrungen diese Erscheinung auf ein und dieselbe Ursache zurückgeführt werden, und zwar auf eine solche Ursache, die nur mit Umständen allgemeiner Natur in Verbindung stehen könnte[6]). Jene Erwartung wird nun allerdings bestätigt durch die preußische Rheinprovinz, wo die eheliche Fruchtbarkeit über den Durchschnitt des deutschen Reiches hinausgeht, trifft dagegen schon nicht mehr zu in der bayerischen Rheinpfalz und in Elsaß-Lothringen und wird vollständig getäuscht in Frankreich. Auf eine Ehe kommen Kinder:

	1881	1882	1883	1884	1885	1886
in Deutschland	4,7	4,6	4,5	4,5	4,4	4,4 %
in Frankreich	3,3	3,3	3,2	3,2	3,2	3,1 %.

Die Fruchtbarkeit innerhalb der Ehe und außerhalb derselben ist also in annähernd demselben Verhältnisse in Deutschland eine größere als in Frankreich.

Wir haben hier nicht zu untersuchen, in welchen Umständen die allgemeine Ursache der geringeren Fruchtbarkeit Frankreichs zu er-

[6]) Vgl. auch Wappäus, Allgemeine Bevölkerungsstatistik, Zweiter Theil S. 385 ffg., insbesondere S. 396. und 397.

blicken ist. Die Ansichten bedeutender Aerzte und Moralstatistiker machen es wahrscheinlich, daß der präventive geschlechtliche Verkehr in Frankreich im Vergleiche zu Deutschland bevorzugt wird.

Nach diesen Ausführungen halten wir freilich für nachgewiesen, daß Frankreich und die deutschen Rechtsgebiete des Code in einem besonders günstigen Verhältnisse an dem Prozentsatze der außerehelichen Geburten betheiligt sind. Als nicht nachgewiesen erscheint dagegen der ursächliche Zusammenhang zwischen jenem Verhältnisse und dem Verbote der Nachforschung der Vaterschaft, dieses selbst dann nicht, wenn die statistischen Gegengründe zur Widerlegung ungeeignet sein sollten.

Bei der wenig glaublichen Art, in welcher, wie oben bemerkt, jener Zusammenhang erklärt wird, müßte doch immer noch die Möglichkeit berücksichtigt bleiben, daß es ganz andere Faktoren als ein Gesetz wie der Art. 340 des Code sind, welche in bestimmten Gegenden regelmäßig den verhältnißmäßig niedrigen Stand der unehelichen Fruchtbarkeit bewirken.

V.

Wenn wir nunmehr die Frage stellen:

„Sind die Bestimmungen des Entwurfs über die Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters zu billigen?"

so muß diese Frage in der Hauptsache bejaht werden. Es ist zu billigen, daß der Entwurf die Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters als erzwingbare Rechtsverpflichtung aufgestellt hat. Auch in der Richtung können wir nur zustimmen, daß die exceptio plurium concumbentium aufgenommen ist. Ein Gesetz, welches die wirkliche Vaterschaft zur Grundlage seiner Bestimmungen erhebt, darf nicht sich begnügen mit einem Rechtssatze, nach welchem Jeder, der mit der Mutter während der Empfängnißzeit den Beischlaf vollzogen hat, als Vater herangezogen werden kann. Die exceptio plur. conc. bedeutet zunächst nichts weiter als für den Fall, daß Mehrere mit der Mutter des Kindes während der Empfängnißzeit geschlechtlich verkehrt haben, den Ausschluß der Vermuthung eines Zusammenhanges zwischen der Geburt des Kindes und irgend einem der vollzogenen Beischlafsakte, und ist in diesem Umfange eine unabweisbare Forderung der Gerechtigkeit. Die weitere Ausdehnung dagegen, nach welcher der exceptio plur. conc. gegenüber jeder Gegenbeweis abgeschnitten sein soll, ist nur bedingt richtig, dürfte sich indessen rechtfertigen aus der

praktischen Erwägung, daß, wenn einmal Mehrere während der Empfängnißzeit mit der Mutter geschlechtlich verkehrt haben, in den seltensten Fällen eine absolute Gewißheit über den wahren Vater zu gewinnen ist.

Die Aufnahme der exceptio plur. conc. entspricht, wie wir glauben, der allgemeinen Rechtsüberzeugung: sie ist befürwortet worden durch den vierten Deutschen Juristentag und, wie wir nachträglich hervorheben wollen, auch durch den internationalen Kongreß de la protection de l'enfance im Jahre 1883. Selbst in einem Lande wie Hannover, in welchem stets die gemeinrechtliche Haftung in Anwendung gewesen ist, wird es von den Parteien noch heute vielfach nicht verstanden, daß die durchschlagende Berufung auf jene Einrede ausgeschlossen sein soll.[7]

Allerdings hat ja die bezeichnete Einrede die Folge, daß eine verhältnißmäßig größere Anzahl unehelicher Kinder ohne Ernährer ist und daß hierdurch die Armenlast nicht unerheblich gesteigert werden wird. Erscheint es gerecht, daß diese vermehrte Armenlast auf sämmtliche Mitglieder der Gemeinde gleichmäßig vertheilt wird? Es liegt der Gedanke nahe, wenn der Vater nicht zu ermitteln ist, vor der Inanspruchnahme des Gemeindesäckels zunächst noch alle diejenigen heranzuziehen, welche während der Empfängnißzeit zu der Mutter in geschlechtlicher Beziehung gestanden haben, jetzt aber nicht aus dem Grunde der Vaterschaft, sondern vielleicht deßhalb, weil sie alle gemeinschaftlich mit der Mutter es verschuldet oder doch wenigstens veranlaßt haben, daß der Personenstand des Kindes, sein Verhältniß zu einem Vater, verdunkelt worden ist. Allein ganz abgesehen von den theoretischen Zweifeln, welche dieser Konstruktion entgegenstehen, dürften die praktischen Mißstände, die mit einer solchen Haftung verbunden wären, so groß sein, daß wir nicht den Muth haben, der gesetzgeberischen Ausgestaltung jenes Gedankens das Wort zu reden.

Die Ausstellungen, die wir zu machen haben, sind untergeordneter Art und beziehen sich auf folgende Punkte:

1. „Statt der Verpflichtung des Vaters eines unehelichen Kindes auf den nothdürftigen Unterhalt und statt seiner prin-

[7]) Die hiesigen Kollegen, denen ich über das vorstehende Gutachten in einer Versammlung des hannoverschen Anwaltsvereins Bericht erstattet habe, sind in der überwiegenden Majorität für die exceptio plur. conc. in der Ausdehnung des Entwurfs.

zipalen Verpflichtung ist nach unserem Dafürhalten allgemein die Verpflichtung zum standesgemäßen Unterhalte aufzustellen; und der Vater ist nur zu verpflichten, gemeinschaftlich mit der Mutter und den mütterlichen Verwandten den Unterhalt zu gewähren."

Was das Maß des Unterhaltes anbetrifft, so liegt kein Grund vor, in dieser Beziehung einen Unterschied zu machen zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. Die exceptio plur. conc. schützt gegen ungerechte Ansprüche. Derjenige aber, der, sei es durch Anerkenntniß, sei es durch Urtheil, einmal als wahrer Vater ermittelt ist, sollte in Einklang mit dem Bestehen eines solchen verwandtschaftlichen Verhältnisses verpflichtet werden, in einem dem Stande des Kindes entsprechenden Maße zum Unterhalte desselben beizutragen. Der Bestimmung des standesgemäßen Unterhaltes würden um so weniger Bedenken entgegenstehen, wenn der Vater nur verpflichtet würde, gemeinschaftlich mit der Mutter und den mütterlichen Verwandten für das Kind zu sorgen. Die prinzipale Haftung des Vaters halten wir für unbillig selbst bei Beschränkung derselben auf den nothdürftigen Unterhalt. Denn selbst dann ist es kaum zu bezweifeln, daß sich diese Haftung im praktischen Ergebnisse wenigstens umsetzen würde in eine Alleinhaftung.

2. „Der § 749 Abs. 4 der Reichscivilprozeßordnung ist nach unserem Dafürhalten zu Gunsten der unehelichen Kinder auszudehnen."

Das heißt: Wie die Pfändung der im § 749 Abs. 2 und 3 C. P. O. aufgeführten Forderungen ohne Rücksicht auf den Betrag zulässig ist, wenn sie zur Befriedigung der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente beantragt wird, welche für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind, so sollte in demselben Umfange auch die Pfändung zulässig sein, wenn sie erfolgt zu Gunsten der unehelichen Kinder.

Der Grund ist derselbe wie zu 1. Der aus dem verwandschaftlichen Verhältnisse sich ergebenden Folge können irgendwelche beachtungswerthe Erwägungen, wie wir glauben, nicht entgegengestellt werden. Daneben wäre aber zu bedenken, daß das Gefühl der sittlichen Verantwortlichkeit gegenüber den Folgen des außerehelichen Geschlechtsumganges durch die erweiterte Zulässigkeit der Pfändung in einschneidender Weise gestärkt werden würde.

3. „Der Absatz 2 des § 1576 des Entwurfs — nämlich die Bezugnahme auf entsprechende Anwendung des § 1495 — ist zu streichen.“

Nach § 1576 Abs. 1 ist mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Vertrag, insbesondere ein Vergleich, zulässig über die Unterhaltungsverpflichtung für die Zukunft. Der Sinn dieser Bestimmung ist doch kein anderer als der, daß die Verpflichtung des unehelichen Vaters zu einer terminlichen Geldrente durch Vereinbarung einer einmaligen Abfindungssumme für alle Zeiten abgelöst und daß diese Summe im Voraus geleistet werden kann.

Nun bestimmt aber der § 1495 in seinem ersten Absatze, daß auf den Unterhaltungsanspruch für die Zukunft nicht verzichtet werden kann. Abs. 2 § 1495 genehmigt die Vorausleistung seitens des Verpflichteten nur in soweit, als derselbe gesetzlich dazu verpflichtet war, und, wenn er die Frist für die Vorauszahlung zu bestimmen hatte, in soweit die Vorausleistung für eine angemessene Frist bewirkt ist.

In welcher Richtung nun der zweite Absatz des § 1495 auf § 1576 Anwendung finden soll, ist vollständig unverständlich.

Der erste Absatz des angezogenen Paragraphen würde allenfalls in dem Sinne entsprechend angewandt werden können, daß ein schlechthinniger Verzicht für die Zukunft, d. i. ohne Gegenleistung, für unzulässig erklärt werden soll. Allein liegt denn das nicht schon zur Genüge in den Worten „Ein Vertrag, insbesondere ein Vergleich“ 2c.? Würden sich nicht der Vormund und der Richter mit dem eigenen Vermögen verantwortlich machen, wenn sie es versäumten, dem Verzichte gegenüber eine Abfindungssumme auszubedingen? Würde ein solcher Vertrag nicht geradezu schon „als gegen die guten Sitten verstoßend“ nach § 344 des Entwurfs nichtig sein?

Die zu streichende Bezugnahme auf § 1495 ist unklar und würde in der Anwendung nur zu Zweifeln führen.

Wir fassen das Ergebniß unserer Erörterungen dahin zusammen:

Die Rechtsstellung der unehelichen Kinder, schon eingeengt durch die praktischen Widerstände technisch-juristischer Art, ist innerlich so nah verknüpft mit den unentbehrlichsten Grundlagen der gegenwärtigen Gesellschaftsordnung, daß eine die Interessen aller Betheiligten befriedigende Regelung dem Gesetzgeber unlösbare Schwierigkeiten bereitet. Was man den unehelichen Kindern giebt, nimmt man der Ehe. Die gesetzliche Regelung wird, wenn man nicht jene

Grundlagen selbst erschüttern will, immer ein Bruchstück bleiben. Ein kräftiges ergänzendes Eintreten der öffentlich-rechtlichen Verbände ist eine unabweisbare praktische und sittliche Nothwendigkeit zugleich.

Indem der Entwurf unter Ablehnung des Art. 340 des code civil die Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters als erzwingbare Rechtsverpflichtung aufstellt, giebt er den Forderungen, welche im Namen der hülfsbedürftigen Kinder an den Gesetzgeber gestellt werden, nach und eignet sich das Prinzip der Entwicklung an, welches den geltenden Rechtszustand in den meisten Gebietstheilen des Deutschen Reiches heraufgeführt hat. Gewiß läßt sich darüber streiten, ob nicht in der einen oder anderen Richtung eine schärfere Verantwortlichkeit des unehelichen Vaters oder derjenigen, die mit der Mutter während der Empfängnißzeit geschlechtlich verkehrt haben, begehrt werden könnte. Das Zeugniß ist aber dem Entwurf nicht zu versagen, daß er in den Vorschlägen, die er macht, im allgemeinen die Grenzen des Erreichbaren richtig inne gehalten, und vielleicht in weiser Selbstbescheidung nur die unbedingt guten Bestandtheile des geltenden Rechtes seinen Bestimmungen eingefügt hat.

Die der Kommission anvertraute Aufgabe, ein Recht zu setzen, das für das ganze Deutsche Reich die künftige Norm bilden soll, kann nur gelöst werden unter umsichtiger Ausgleichung der partikularistischen Gegensätze und unter Vermeidung aller sprunghaften Neuerungen. In dem Rechtsinstitute der Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters sind sich die Verfasser des Entwurfs dieser Richtschnur voll und ganz bewußt gewesen.

Errichtung letztwilliger Verfügungen und Verfügungen von Todeswegen durch Vertrag.

Von Rechtsanwalt k. Advokat Dr. Fr. Stein in Schweinfurt.

I. Errichtung letztwilliger Verfügungen.

(§§ 1911—1939 des Entwurfs.)

Die Formen der Erbeinsetzung und der letztwilligen Verfügungen ohne Erbeinsetzung leiden im gemeinen Rechte an einer übergroßen Mannichfaltigkeit. Schon im älteren römischen Rechte waren neben die civilrechtlichen Testamentsformen jene des prätorischen Rechtes getreten und in dem Justinianischen Recht macht sich die Unterscheidung des öffentlichen Testamentes und des Privattestamentes besonders geltend. Dazu kamen für einzelne Lagen oder Stände noch statt der regelmäßigen Erfordernisse des Testamentes, andere singuläre Bestimmungen, die bald vermehrte, bald verminderte, bald veränderte Solennitäten vorschrieben. Für letztwillige Verfügung ohne Erbeinsetzung wurde das Codicill vom Testamente noch besonders unterschieden. Die reciproken und correspektiven Testamente näherten sich in mancher Beziehung dem Erbvertrage, den man bei der Reception des römischen Rechtes in Deutschland vorfand. Derselbe wurde unter den römischen Rechtsanschauungen vielfach modificirt und erschien zuletzt lediglich als eine besondere Art der Verfügungen von Todeswegen mit Beseitigung jedes ihn dem Familienrechte oder den Vermögensübergaben zuweisenden älteren Erfordernisses.

So ist auch die Systematik und Terminologie des Entwurfes dahin gestaltet, daß Verfügungen von Todeswegen den generellen Begriff bilden, in welchem sich die vorzugsweise so benannten „letztwilligen Verfügungen“, wofür auch „Testamente“ gesagt wird, als

„einseitige widerrufliche“ Verfügungen scheiden von den Verfügungen von Todeswegen „durch Vertrag“. Nachdem das wechselseitige Testament in § 1913 verboten ist, eine jede Unwiderruflichkeit der „letztwilligen Verfügung“ also beseitigt ist, während sie beim Erbvertrag besteht, so ist dies auch in der That ein durchgreifendes Kriterium geworden.

Was nun die Formen betrifft, in denen die letztwillige Verfügung, die einseitige widerrufliche Verfügung von Todeswegen, mit oder ohne Erbeinsetzung errichtet werden kann, so hat der Entwurf mit vollstem Rechte mit dem gemeinrechtlichen Ueberreichthum an Testamentsformen gründlich aufgeräumt. Der Entwurf kennt nur zwei Arten von Testamenten:

a) das ordentliche Testament,
b) das Nothtestament, das in Nothlagen zugelassen ist und Geltung nur behält, sofern es nicht nach einer gegebenen Frist in ein ordentliches Testament umgewandelt werden kann.

a) Das ordentliche Testament ist einzig und allein vor einem Beamten der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit — Richter oder Notar — zu errichten. Es ist also stets ein öffentliches Testament. In Deutschland wäre die fernere Zulassung des Privattestamentes außer den Fällen des Nothtestamentes nach den bei uns bestehenden Verfassungszuständen augenscheinlich überflüssig und selbst schädlich, da sie der Einfachheit und Gewißheit des Weges, den jeder zur Testamentserrichtung einzuschlagen hat, unnöthiger Weise Eintrag thun würde. In anderen Verfassungszuständen mochte oder mag die Errichtung eines öffentlichen Testamentes schwieriger sein, allein bei unsern täglich und in kleinen Sprengeln amtirenden Richtern der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Notaren ist dieser Weg so leicht und jederzeit zu betreten, daß kein Bedürfniß besteht, einen zweiten Weg zur steten freien Wahl für den Testirer zu eröffnen. Es scheint mir sogar im Interesse des Testirers selbst gelegen zu sein, ihn nicht in die Versuchung zu führen, einen anderen Weg zu wählen. Denn der Mangel an Vertrautheit mit den formellen Vorschriften und den materiellen Erfordernissen bei dem Privattestamente vor Zeugen läßt leicht Mißgriffe begehen, welche die Absicht des Testators vereiteln. Auch beim holographischen Testamente sind Verfehlungen gegen Forderungen des Rechtes nicht ausgeschlossen, ein Hauptgrund gegen dessen Aufnahme ist aber, wie die Motive des Entwurfes mit Recht hervorheben, die Unsicherheit, ob dasselbe mehr als ein bloßer Entwurf

war, so lange es der Autor nicht aus seinem Gewahrsam gelassen und dem Richter oder Notar mit der Erklärung, daß dies sein letzter Wille sei, übergeben hat. Dieser letztere Akt dient dem Schreiber des Testamentes selber zur Sicherheit vor Mißdeutung und man kann ihm dies sowohl in seinem, als auch im allgemeinen Interesse zumuthen. Sein Geheimniß wird dabei hinlänglich gewahrt und der Entwurf trägt diesem Bedürfnisse hinreichend Rechnung durch die Zulassung der öffentlichen Testamentserrichtung nicht bloß durch mündliche Erklärung des Inhaltes des letzten Willens, sondern auch mittelst Uebergabe einer selbst verschlossenen Skriptur zu Protokoll des Richters oder Notars mit der Bezeichnung als letzten Willens.

Es erscheint mir daher als durchaus zweckmäßig und zu billigen, daß der Entwurf eine andere Form der Errichtung letztwilliger Verfügungen nur da zuläßt, wo die Errichtung vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder einem Notar — beide müßten im ganzen Reiche dazu gleichmäßig nach der Wahl des Testators berechtigt sein — nach der obwaltenden besonderen Sachlage zur Unmöglichkeit geworden ist, so daß also nur um eines Nothfalles willen eine andere Form, ein Nothtestament, zugelassen wird.

b) Das Nothtestament ist in so völligem Maße bloß aushülfsweise zulässig und wirksam, daß nicht nur bei seiner Errichtung die Nothlage bestanden haben muß, sondern auch nach deren Wegfall es seine Wirksamkeit verliert, sofern der Testator den Wegfall und eine gesetzlich bestimmte Nachfrist überlebt hat. Will er den Inhalt seines Nothtestamentes dann noch in Geltung erhalten, so muß er dasselbe durch ein ihm nun möglich gewordenes ordentliches Testament ersetzen. Dieser Grundsatz findet sich schon im Code civil und auch im deutschen Reichsrechte bei dem Militärtestament nach § 44 des Reichs-Militärgesetzes von 1874. Ich vermag es nicht zu billigen, daß der Entwurf in seinem Texte des Militärtestamentes keine Erwähnung thut, sondern nur in einer Note und in den Motiven unter Verweisung auf das Einführungsgesetz. Auch ist die Verschiedenheit der Stellung der Zeugen nach § 44 des R. Mil. Ges. und im Falle des § 1927 des Entwurfes störend. Das Militärtestament hat auch in anderen bürgerlichen Gesetzbüchern seinen Platz gefunden, wie im Code civil Art. 981—984, und der Umstand, daß es bei uns bereits durch ein Spezialgesetz geregelt ist, rechtfertigt doch kaum sein Uebergehen im Gesetzbuche, in dessen System es eine Lücke ließe. Mindestens konnte gesagt werden: „In Kriegszeiten oder während eines Belagerungs-

zustandes können die zum aktiven Heere gehörenden und die sonst den Militärgesetzen unterworfenen Personen letztwillige Verfügungen nach den im Reichsmilitärgesetze bestimmten Formen mit einer nach den daselbst gegebenen Bestimmungen begrenzten Gültigkeit errichten."

An Nothtestamenten kennt der Entwurf das Testament vor dem Gemeindevorsteher (§ 1925), das Testament der Abgesperrten (1927), der Seereisenden (1929, bezüglich der kaiserlichen Marine wird nichts im Gesetzbuche selbst gesagt, sondern dasselbe meines Erachtens ohne Noth bloß in das Einführungsgesetz verwiesen), der Gesandtschaften und Berufskonsulate (1931). Es sind die Formen für jedes dieser Testamente unter einander und mit dem Militärtestamente nicht völlig gleich und es mag nicht geleugnet werden, daß das praktische Bedürfniß für jeden dieser Fälle Modifikationen empfehlen mochte. Ein absolutes Gleichmachen ist auch gerade nicht zu wünschen, doch ließe sich für gleichartige Fälle immerhin größere Uebereinstimmung erzielen.

Bei dem Testamente vor dem Gemeindevorsteher vertritt der Gemeindevorsteher im Grunde nur die Stelle des nicht zur Hand seienden Notars, und im Uebrigen wird gerade so verfahren, wie vor dem Notare nach § 1915 Abs. 2 und 3 bis 1923 des Entwurfes, auch § 1932 bezieht sich darauf ebenso wie auf das notarielle Testament. Es dürfte nur schon reichsgesetzlich zu bestimmen sein, daß vom Gemeindevorsteher als Stellvertreter des Notars oder Richterbeamten das von ihm errichtete Testament sofort in den Verwahr eines Richters oder Notars nach besonderer landesgesetzlicher Vorschrift zu bringen wäre.

Daß das Personal der Gesandtschaften und Berufskonsulate im Auslande ein holographisches Testament ihrem Vorgesetzten, dem Reichskanzler, mit einem ebenfalls holographischen Annahmegesuche übersenden dürfe, ist der Besonderheit des Falles wohl angepaßt.

Das Militärtestament, das Seetestament und das Nothtestament Abgesperrter sind einander in den dabei obwaltenden Verhältnissen so ähnlich, daß eine Uebereinstimmung der dabei zu wählenden Formen nicht unmöglich wäre und mir auch wünschenswerth scheint. Dies könnte geschehen etwa im Anschlusse an die Formen des § 44 des Reichsmilitärgesetzes von 1874, sonach als holographisches Testament oder als vom Testator und zwei Beweiszeugen unterschriebenes Testament oder endlich als ein vom Testator vor einer chargirten Person Auditeur, Offizier, Schiffsoffizier, vom Gemeindevorstand autorisirter

Funktionär, Arzt, Geistlicher) und zwei Beweiszeugen mündlich erklärtes, in ein vom Chargirten und den Zeugen unterzeichnetes Protokoll redigirtes und vorgelesenes Testament. Ob für das holographische Testament nicht noch dessen sofortige Absendung an die vorgesetzte Militärbehörde und im Falle des § 1927 an den Beamten freiwilliger Gerichtsbarkeit oder den Gemeindevorsteher vorzuschreiben wäre, und ob im Falle des § 1927 in Ermangelung eines gemeindlichen Funktionärs oder Arztes oder Geistlichen die Zuziehung dreier (Instruments-) Zeugen genügen solle, dürfte zu erwägen sein.

Die Nichtzulassung vom ordentlichen Testamente abweichender Formen außer in den Fällen des Nothtestamentes ist nach den Motiven und nach dem oben Gesagten als wohl begründet anzuerkennen.

Der Testirer kann das Testament nur in Person errichten (§ 1911), was eine vollberechtigte Formvorschrift ist; die Bestimmung der Altersgrenze, von der ab auch ein Minderjähriger als testirfähig gelten soll, kann von verschiedenen Erwägungen aus verschieden getroffen werden; will man einmal, wie es meistens geschieht, am Erfordernisse der erreichten Volljährigkeit nicht festhalten, so wird immer mehr oder weniger Willkür für dieses oder jenes Jahr entscheiden und so mag es bei dem 16. Lebensjahre des Entwurfes (§ 1912) füglich bleiben. Der Testirer kann die letztwillige Verfügung nur einzeln, nur allein, nicht gemeinschaftlich mit Anderen errichten (§ 1913), worauf ich unten zurückkomme.

Die Vorschriften, welche bei Testamentserrichtungen für Stumme, Blinde, Taube und Analphabeten zu gelten haben, konnten vom Entwurfe in der meines Erachtens durch die Motive zu §§ 1921 und 1922 gerechtfertigten Kürze aufgestellt werden.

Weiterhin handeln in zweckmäßiger Weise die §§ 1932—1939 von dem Verfahren mit der errichteten Testamentsurkunde und von allenfallsigem Widerruf und Wiederaufhebung des Testamentes. Die Aufnahme von Bestimmungen über die Verwahrung und Eröffnung des Testamentes in das bürgerliche Gesetzbuch ist um so gewisser gerechtfertigt, als der einstige Eintritt der Wirksamkeit des Testamentes davon abhängt. Es ist bereits oben bei Besprechung des Gemeindevorsteher-Testaments als wünschenswerth bezeichnet worden, daß im § 1932 Abs. 2 für die zu erlassenden landesgesetzlichen Vorschriften über die Verwahrung der Testamente schon reichsgesetzlich bestimmt werden möchte, dasselbe sei in die Hand des Gerichtes oder eines Notars zu bringen. Ich möchte noch weiter gehen und reichs-

gesetzlich bestimmt sehen, daß auch die Notare mindestens Anzeige von jedem bei ihnen verwahrten Testamente beim Gerichte zu übergeben hätten, damit bei letzterem alle Testamente verwahrt sind oder doch dort ihr anderweitiger Verwahr ersichtlich ist. Die Vorschriften über das Verfahren nach eingetretenem Todesfalle des Testators beim Nachlaßgerichte §§ 1937—1939 geben zu keiner Erinnerung Anlaß.

Vom Widerrufe und der Wiederaufhebung des Testamentes handeln die §§ 1933—1936. Daß das Testament als ein einseitiger Akt, aus dem vor dem Tode des Erblassers noch Niemand ein Recht erworben hat, vom Testator bis zu seinem Tode wieder ganz oder theilweise zurückgerufen werden kann, ist selbstverständlich. Es kann dies geschehen, ohne daß andere Bestimmungen getroffen werden — einfacher Widerruf, Zurücknahme oder Vernichtung — oder so, daß andere, mit den früheren unvereinbare Bestimmungen getroffen werden. Demgemäß ordnet auch der Entwurf seine Vorschriften, indem er nach einander den einfachen Widerruf, die Vernichtung, die Zurücknahme und widerstreitende neuere Bestimmungen behandelt. Ein einfacher Widerruf kann ebenso, wie ein neues Testament, nur in Form eines Testamentes — eines ordentlichen Testamentes oder gegebenen Falles eines Nothtestamentes — geschehen. Für eine solche Vorschrift ist der auch in den Motiven angeführte Grund völlig durchschlagend, daß der Widerruf von eben solchem Einflusse auf die Erbfolge ist, wie ein Testament. Daß der Wegfall des Widerrufes durch späteren Widerruf desselben nicht ohne Weiteres das Wiederaufleben des widerrufenen Testaments zur Folge habe, ist im Entwurfe ausdrücklich bestimmt, doch wird gemeinhin derjenige, welcher einen Widerruf zurücknimmt, denselben als ungeschehen betrachtet, sohin wieder den status quo ante, d. i. denselben Stand der Sache, wie er vor dem ersten Widerrufe bestand, hergestellt wissen wollen, und man dürfte dann das Testament wohl als noch geltend ansehen, sofern der Widerrufende nicht selbst den status quo ante auch durch eine der in §§ 1934—1936 bezeichneten Handlungen alterirte. Es wird darum der Widerruf des Widerrufes, wobei der zweite Widerruf in derselben Form wie der erste Widerruf geschehen müßte, nicht sowohl als eine positive letztwillige Verfügung — ein testamentum mysticum — aufgefaßt werden müssen, sondern er würde mehr als Annullirung eines die letztwillige Verfügung entkräftenden Zwischenfalles zu gelten haben. Ebenso legt das gemeine Recht und das preußische Landrecht dem Widerrufe eines späteren Testamentes, welches ein früheres Testament

nicht bloß inhaltlich, sondern schon durch seine bloße Existenz entkräftet hatte, die Wirkung bei, daß das frühere Testament so angesehen wird, als ob es niemals entkräftet gewesen wäre. Diesen Grundsatz möchte ich an Stelle des § 1932 Abs. 2 empfehlen. Die weiteren Bestimmungen des Entwurfes in §§ 1934—1936 erscheinen dagegen sämmtlich zweckentsprechend.

Wir kommen nun noch, wie dies oben vorbehalten worden ist, auf den früher übergangenen § 1913 zurück, der das Verbot gemeinschaftlicher Testamente enthält. Solche gemeinschaftliche Testamente, worin verschiedene Testirer durch einen Testamentsakt über verschiedene Erbschaften verfügen, ohne sich einander zu Erben einzusetzen, sind, wie die Motive richtig bemerken, wenig verbreitet, und es besteht hierfür auch kein Bedürfniß. Gemeinschaftliche Testamente wurden kaum anders errichtet, als mit gegenseitiger Erbeinsetzung — testamentum reciprocum — und es fragte sich dabei noch, ob die letztwillige Verfügung des einen Testators mit jener des anderen Testators stehen und fallen solle oder nicht, in welchem Falle das testamentum correspectivum vorlag. Es ist nun aber die Grenze zwischen einem lediglich reciproken und einem korrespektiven Testamente oft nicht leicht erkennbar, und doch ist diese Unterscheidung von größter Bedeutung, weil bei dem korrespektiven Testamente der Grundsatz der Widerruflichkeit der Testamente durchbrochen ist. Hier kann der eine Testator sein Testament nicht immer beliebig widerrufen, sondern er ist gebunden durch die Rücksicht darauf, daß er damit auch das Testament des Andern fallen machen würde, was ihm nicht durchaus freigelassen ist. Es nähert sich sonach das wechselseitige Testament und insbesondere, sofern es als ein korrespektives Testament zu gelten hat, einem Erbvertrage. So ist es denn eine Kontroverse des gemeinen Rechtes geworden, ob ein wechselseitiges Testament nicht geradezu als ein Erbvertrag anzusehen sei, ob es im Zweifel als ein korrespektives Testament zu erachten sei, ob ein korrespektives Testament, insbesondere zwischen Ehegatten, die Wirkung habe, daß der eine Theil nicht ohne Zustimmung des anderen Theiles entweder vor oder nach des Anderen Tod seinen letzten Willen ändern könne? Man wird niemals umhin können, die Bestimmung der Grenze zwischen einem bloß reciproken und einem zugleich korrespektiven Testamente als eine quaestio facti anzusehen, und wollte man sie durch die Aufstellung der Vermuthung der Korrespektivität im Zweifelsfalle abschneiden, so würde man nicht selten der Intention des einen

oder des anderen Erblassers Gewalt anthun. Hält man aber die Korrespektivität als Regel fest, so nähert sich das Institut dem modernen Erbvertrage so sehr, daß man füglich fragen kann, welches Bedürfniß für eine derartige besondere Institution neben dem Erbvertrage noch bestehe? Es ist in der That ein Pleonasmus, zweierlei gemeinsame letztwillige Akte zuzulassen, worin die mehreren Personen sich einander oder Dritte zu Erben in unwiderruflicher Weise einsetzen, wie es bei dem Nebeneinanderbestehen des korrespektiven Testamentes und des Erbeinsetzungsvertrages der Fall ist. So hat denn auch schon das französische Recht das wechselseitige Testament gänzlich beseitigt und sowohl das österreichische, als auch das preußische Recht hat dasselbe nur noch zwischen Ehegatten zugelassen. Doch auch Letzteres ist nicht mehr nöthig, wie die Motive des Entwurfes hervorheben, und es ist das unbedingte Verbot wechselseitiger Testamente um so gewisser zu billigen, als der Erbeinsetzungsvertrag für die Erreichung des Zweckes dieser Testamente ein vollgenügendes Mittel bietet und die Vereinfachung der Formen der Verfügungen von Todeswegen ein großer Gewinn ist, der mit Recht vom Entwurfe im Auge behalten und verfolgt wird.

Es wird wohl kaum vorkommen, daß mehrere Personen, die sich gegenseitig in einseitig unwiderruflicher Weise zu Erben einsetzen wollen, statt des dazu offenen Weges des Erbeinsetzungsvertrages die Errichtung zweier Testamente wählen, wenn auch kein prinzipieller Grund besteht, das zu verbieten. Entstehen daraus Schwierigkeiten, die sich bei einem Erbeinsetzungsvertrage nicht ergeben hätten, so hat das Gesetz doch genug gethan, wenn es den gewisseren Weg eines Erbvertrages eröffnet hatte, und es hat nicht auch für alle möglichen Schwierigkeiten auf einem trotzdem gewählten anderen Wege Vorschriften zu treffen, die, wie die Motive ausführlich darthun, immer nach der einen oder anderen Seite hin Bedenken bieten.

Sonach sind es nur wenige minder wesentliche Punkte, bezüglich deren mir eine Aenderung am Platze zu sein scheint. Einmal sind es die §§ 1927—1930, für die ich eine andere, sie mehr in Uebereinstimmung unter einander bringende Fassung wünsche, sodann möchte ich in § 1932 Abs. 2 eine reichsgesetzliche Vorschrift eingeschaltet sehen und § 1933 Abs. 2 in die gegentheilige Bestimmung umgeändert wissen.

II. Verfügung von Todeswegen durch Vertrag.

(§§ 1940—1963 des Entwurfs.)

Nachdem der Entwurf die gemeinschaftliche Errichtung eines Testamentes durch § 1913 untersagt hat, konnte er es um so weniger umgehen, das Institut der vertragsmäßigen Erbfolge aufzunehmen. Ueber die wissenschaftliche Konstruktion dieses Instituts, wie es im Entwurfe gestaltet ist, sprechen sich die Motive nur in negativer Weise aus. Insbesondere wird hervorgehoben, daß der Erbeinsetzungsvertrag des Entwurfes nicht ein familienrechtliches Rechtsgeschäft ist, welches ein Statusverhältniß begründet. Einen derartigen Charakter hatte wohl der Erbvertrag des älteren deutschen Rechtes, namentlich soweit er sich auf die gesammte Erbschaft bezog. In diesem Falle vertrat er in der That die Adoption des römischen Rechtes. Es war dies eine nothwendige Folge der engen Beziehung zwischen Familien- und Erbrecht, indem der Blutserbe nicht blos die Hoffnung hatte, einst Erbe des Nachlasses des Vaters zu werden, sondern ein unentziehbares Wartrecht oder Anwartschaft über alles Gut besaß, daß der Vater im Erbgange erhalten hatte, so daß bei Lebzeiten des Vaters die männliche Descendenz das Familiengut unter ihrem Warterecht verfangen hielt und es durch eine Widerspruchsklage gegen Veräußerungen geltend machen konnte. Nur dem Familiengliede in der männlichen Descendenz, dem rechten Erben, stand dies Recht zu und, wenn es in Ermanglung eines solchen Erben einem Fremden verschafft werden sollte, so mußte es durch eine künstliche Erschaffung eines solchen Erben, die Aufnahme des Fremden in die Familie als fingirte Descendenz oder Busen (fathom) geschehen, wie in der Affatomie (Aufnahme in den Busen) der fränkischen Volksrechte. Damit erhielt der Aufgenommene die Rechte des legitimus heres oder rechten Erben. Besonders war auch bereits im alten fränkischen Volksrechte kinderlosen Ehegatten gestattet, sich einander gegenseitig als rechten Erben einzusetzen, womit auch das beiderseitige Wartrecht auf das anderseitige Vermögen und das gemeinsame Gebundensein des Vermögens bei ihren Lebzeiten eintrat. Ein solches gegenseitiges Rechtsgeschäft war selbst zwischen Geschwistern und anderen Personen gestattet, fand jedoch bei letzteren meist nur bezüglich einzelner Vermögensstücke in Ganerbschaften oder Erbverbrüderungen Anwendung.

Die Aufnahme eines Fremden in die Stellung eines leiblichen Erben oder die gegenseitige Annahme zum rechten Erben durch kinderlose Eheleute war in der That ein familienrechtliches Geschäft. Je mehr aber die ursprüngliche Strenge des Wartrechtes schwand, desto mehr verlor sich dieser Charakter. Am frühesten wurden Vermögensstücke, die vom Erblasser nicht im Erbgang, sondern durch Selbsterwerb gewonnen waren, der freien Verfügung des Erblassers anheimgegeben, und im Laufe der Zeit bildete sich, begünstigt durch den römischen Grundsatz der Testirfreiheit, das Recht der letztwilligen Verfügung zur Regel aus in dem Sinne, daß der eingesetzte Erbe ganz so, wie im römischen Rechte, lediglich die Hoffnung hat, in den Nachlaß einst zu succediren. Nur in den gegenseitigen Erbverträgen der Eheleute erhielt sich ein dem alten Charakter derselben näherstehendes Verhältniß wenigstens statutarrechtlich z. B. in der fränkischen Landgerichtsordnung von 1618, wonach die kinderlosen Ehegatten durch ein unter einander paktirtes, gerichtlich bestätigtes Gegenvermächtniß (condonatio) sofort gegenseitig vererbt werden und in allgemeine Gütergemeinschaft eintreten. Wollten sie sich einander zu Erben einsetzen, ohne daß diese Folgen sich daran knüpften, so mußten sie statt Abschlusses eines solchen als condonatio bezeichneten Erbvertrages den Weg des reciproken Testaments wählen.

Es begreift sich leicht, daß ein so wichtiger Akt, wie die Annahme zum rechten Erben, nur öffentlich und in gerichtlicher Form vollzogen werden konnte. Erst in einer unter dem Einflusse des römischen Rechtes stehenden späteren Zeit kam man dazu, die Erbverträge hinsichtlich der Erfordernisse ihrer Errichtung unter die für den Abschluß von Verträgen geltenden allgemeinen Regeln zu stellen und sie so aller speziellen Formvorschriften zu entkleiden. Dem gegenüber lag es nahe, daß verschiedene Landesgesetzgebungen die Zulassung von Erbverträgen nicht begünstigten, sondern sie beschränkten, namentlich nur auf nahe Familienverhältnisse.

Wenn nun die Motive des Entwurfes darin Recht haben, daß der Erbeinsetzungsvertrag jetzt kein familienrechtliches Rechtsgeschäft mehr ist, das ein Statusverhältniß begründet, so verwerfen sie mit gleichem Rechte die Ansicht, als ob er ein Testament mit angehängtem Widerrufsverzichte sei, indem sie dagegen bemerken, daß dann der Verzichtvertrag nur ein obligatorisches Rechtsgeschäft wäre, aus welchem der demselben zuwider berufene Erbe haftbar bliebe, ohne jedoch die Erbenqualität zu verlieren, und daß der Verzichtvertrag

nur die Testirbefugniß des Lebenden zum Gegenstande hätte, nicht das Recht des als Erbe Eingesetzten. Der Erbeinsetzungsvertrag begründet aber gerade dem Eingesetzten ein vom Anderen unentziehbares Recht der Erbfolge in das Vermögen, das jener einst hinterlassen haben wird.

Der Erbeinsetzungsvertrag ist als ein einziges Rechtsgeschäft aufzufassen, durch welches der eine Theil dem anderen Theile ein dem Letzteren von dem Ersteren nicht einseitig widerrufliches Recht auf Beerbung giebt. Er ist sonach ein erbrechtliches Institut, das ebenso einen Delationsgrund der Erbschaft für den Vertragserben schafft, wie das Testament für den Testamentserben. Einer solchen Auffassung entsprechend behandelt auch der Entwurf die Verfügung von Todeswegen durch Vertrag in § 1940 ff. der einseitigen Verfügung von Todeswegen (letztwillige Verfügung, Testament § 1753 ff.) möglichst analog.

Gleich vornherein wird im Entwurf § 1940 der Erbeinsetzungsvertrag lediglich als ein zweiter Modus der Erbeinsetzung (§ 1751) dem anderen im vorhergehenden Abschnitt behandelten Modus der einseitigen letztwilligen Verfügung (§ 1753) zur Seite gestellt. Den Inhalt bestimmt dort, wie hier, der gleiche Endzweck der Erbeinsetzung, dem Testamentserben entspricht der Vertragserbe. Ein Grund, die Erbeinsetzung, die in Form eines Vertrages geschieht, abweichend von der testamentarischen Einsetzung, nur als eine gegenseitige zuzulassen oder gar bloß zwischen Ehegatten, besteht unter diesen Umständen nicht mehr. Und so gut eine in einem Vertrage von einem der Vertragschließenden versprochene Leistung an einen Dritten vom Entwurfe § 412 für rechtsverbindlich erklärt ist, eben so wohl muß dies für einen Vertrag gelten, der die Erbeinsetzung eines Dritten zum Gegenstand hat.

Der Entwurf stellt folgerichtig in § 1946 den Grundsatz auf, daß für die Erbeinsetzung, welche durch einen Erbeinsetzungsvertrag geschehen ist, die für eine durch Testament geschehene Erbeinsetzung gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen, und Gleiches bestimmt er in § 1956 für die im Vertrage neben der Erbeinsetzung des Vertragserben von dem einen oder anderen Vertragschließenden getroffenen Verfügungen von Todeswegen.

Der Umstand, daß die Erbeinsetzung oder nebenhergehende sonstige Anordnung im Erbeinsetzungsvertrage eben in der Form eines Vertrages, in der letztwilligen Verfügung dagegen durch einen einseitigen Willensakt geschieht, macht es aber doch nöthig, daß eine Reihe be-

sonderer Vorschriften für den Erbeinsetzungsvertrag gegeben werden. Wenn § 1941 lediglich das in § 1911 für das Testament gestellte Erforderniß der persönlichen Erklärung auch für den Erbvertrag wiederholt, so tritt sofort in § 1942 eine Abweichung von § 1912 ein, wodurch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person auch nach zurückgelegtem sechzehnten Jahre selbst mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters keinen Erbeinsetzungsvertrag schließen kann. Denn der Grund, weshalb man die Ausnahme des § 1912 zu Gunsten beschränkt Geschäftfähiger vom sechzehnten Jahre an gemacht hat, sie einen einseitigen letzten Willensakt vollziehen zu lassen, besteht auch in der That für eine vertragsmäßige Erbeinsetzung nicht.

Die Konformität in der Art und Weise der Errichtung von Testamenten und Erbverträgen ist dadurch gewahrt, daß die in § 1914 für letztwillige Verfügung aufgestellte Regel, daß sie nur in gerichtlicher oder notarieller Form errichtet werden kann, in § 1943 Abs. 1 auch für den Erbvertrag wiederholt ist. Es ist dies bei dem gleichen, wichtigen und folgenschweren Endzwecke von Testament und Erbvertrag vollkommen gerechtfertigt und hierdurch die bedenkliche Theorie der Gültigkeit auch des formlosen Vertrages, wie sie in dem gemeinen Rechte sich herausgebildet hatte, beseitigt. Während aber für das Testament die Errichtung vor Gericht oder Notar nur als regelmäßige ordentliche Testamentsform gefordert ist und daneben für Nothfälle die Ausnahmsformen des Nothtestamentes zugelassen sind, fällt diese Anomalie bei dem Erbvertrage hinweg und es ist vielmehr die gerichtliche oder notarielle Errichtung für denselben ausnahmslose Vorschrift. Und mit Recht. Denn es wird das Bedürfniß eines in Nothlagen zu errichtenden Erbvertrages sich um so weniger geltend machen, als durch Nothtestamente die Erbeinsetzung oder das Vermächtniß ebensowohl geschehen kann bis auf die Unwiderruflichkeit, welche jedoch da, wo binnen der kurzen Frist der Gültigkeit des Nothtestamentes wirklich kein Widerruf beliebt wird, eher aus Uebereilung gewährt worden wäre und vom Uebel schiene, und nach Ablauf jener Frist müßte ja ohnehin erst vor Gericht oder Notar der gültig bleibende Erbvertrag geschlossen werden. Es fehlt daher im § 1943 Abs. 2 auch eine Hinweisung auf §§ 1925—1931. Dagegen sind die für die ordentliche Testamentsform gegebenen Vorschriften der §§ 1915, 1916, 1917, 1919, 1920, 1923 und 1924 im § 1943 Abs. 2 auf den Erbeinsetzungsvertrag für anwendbar erklärt, während von den in § 1928 gestatteten beiden Arten der Handlung vor Gericht

oder Notar nur diejenige für den Erbvertrag zugelassen ist, bei welcher die Verfügung vor Gericht oder Notar mündlich erklärt wird. Es ist also nicht zulässig, den Erbvertrag in einer Privaturkunde niederzuschreiben und ihn dem Richter oder Notar offen oder verschlossen mit der Erklärung zu übergeben, dies sei der Erbvertrag. In dessen Folge bedarf es auch nicht einer weiteren dem § 1922 korrespondirenden besonderen Vorschrift. Nothwendig aber war es, in § 1943 Abs. 2 noch zu bestimmen, daß das, was in den angezogenen §§ 1915—1924 von dem einseitig verfügenden Erblasser gesagt ist, beim Erbvertrage von den beiden im Erbvertrage Verfügenden zu verstehen ist.

Von der Bestimmung, daß die Errichtung des Vertrages nur durch mündliche Erklärung des Vertragsinhaltes von Seiten der Vertragschließenden erfolgen kann, war indessen eine Ausnahme für denjenigen Vertragschließenden geboten, welcher nicht sprechen kann. Aber dem Stummen ist doch auch nicht die Uebergabe einer außergerichtlich verfaßten Skriptur gestattet, sondern er muß die Niederschrift nach § 1944 vor dem verhandelnden Richter oder Notar und in Gegenwart des anderen Vertragschließenden vollziehen. Daß die singuläre Form der Uebergabe des außergerichtlich niedergeschriebenen Testamentes mit der Erklärung, dies sei das Testament, welche der Entwurf beim Testamente, wo sie hergebracht ist, zuließ, von ihm auf den Erbvertrag nicht übertragen wurde, scheint mir zu billigen.

Was nun die Verwahrung der Erbeinsetzungsvertragsurkunde betrifft, so ist wiederum auf die §§ 1932 Abs. 1 und 2, 1937, 1938 und 1939 des Entwurfes als auch für den Erbvertrag anwendbar in § 1945 unter angemessenen Modifikationen Bezug genommen, so daß also die Bestimmungen über Errichtung und Verwahrung des Erbvertrages sich durchgängig in zweckmäßiger Weise an Buch V Abschnitt 2 Titel 7 des Entwurfes anschließen.

Es ist schon gesagt worden, daß nach § 1946 für die Erbeinsetzung, welche durch einen Erbeinsetzungsvertrag geschehen ist, die für eine durch Testament geschehene Erbeinsetzung gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen. Es sind dies insbesondere die in Buch V Abschnitt 2 Tit. 2 enthaltenen Vorschriften §§ 1788 bis 1803 und, soweit neben einem Vorerben ein Nacherbe eingesetzt wurde, weiterhin Tit. 3 oder §§ 1804—1841. Aber auch die diesen beiden Titeln vorausgeschickten allgemeinen Vorschriften des Tit. 1 sind damit hierher gezogen. Abweichende Vorschriften für den Erbvertrag giebt der Entwurf zunächst in § 1947 gegenüber dem § 1779,

indem er die für Testamente ausgeschlossene Anwendbarkeit der §§ 95, 97 Abs. 2, und 99 über Willensmängel beim Erbvertrage in Anbetracht der hier vertragsmäßigen, dort einseitigen Natur des Rechtsgeschäftes zuläßt. Sodann treten Modifikationen ein hinsichtlich der Anfechtung des Rechtsgeschäftes gegenüber den diese Materie für das Testament behandelnden §§ 1780—1787 durch den Inhalt der §§ 1948 und 1949. Es sind diese Modifikationen für den Erbvertrag geboten durch die Zweiseitigkeit des Rechtsgeschäftes im Erbvertrage gegenüber dem einseitigen Testamentsakte. Von den desfalls getroffenen Modifikationen in den beiden §§ 1948 und 1949 möchte ich keine für unangemessen erklären.

Eine Reihe besonderer Bestimmungen wird nöthig über die Wirkungen, die sich an den Abschluß eines Erbeinsetzungsvertrages knüpfen im Verhältnisse zum Intestaterbrechte des vertragschließenden Vertragserben, zum Verfügungsrechte des Erblassers unter Lebenden und von Todeswegen und zu einer früheren letztwilligen Verfügung oder späteren Verfügung von Todeswegen. Diese Fragen mußten um so mehr gesetzlich geregelt werden, als sie mehrfach zu Controversen im gemeinen Rechte Anlaß gegeben haben. Damit befassen sich §§ 1950—1953. Praktisch wird die erste dieser Fragen, ob nämlich der vertragschließende Vertragserbe mit dem Abschlusse eines Erbeinsetzungsvertrages auf sein Intestaterbrecht verzichtet habe, wohl nur dann, wenn der Vertragserbe die Erbschaft aus dem Vertrage ausschlägt, um ein ihm sonst zustehendes Intestaterbrecht geltend zu machen. Nun besteht keine Nöthigung, anzunehmen, daß er sich dieses Rechtes bei Abschluß des Erbeinsetzungsvertrages habe begeben wollen, nachdem ihm dieser Vertrag doch erst nur einen Delationsgrund für die Zukunft verschaffte, es wäre denn, daß besondere Umstände einen solchen Verzicht anzeigten. Für richtig erkenne ich also die Bestimmung des Entwurfes, daß ein solcher Verzicht nicht vermuthet wird. Eine zweite Frage, ob und wie weit das Verfügungsrecht des Erblassers unter Lebenden und von Todeswegen beschränkt wird, wird zunächst hinsichtlich der Verfügungen unter Lebenden in § 1951 dahin beantwortet, daß das Verfügungsrecht unter Lebenden nicht beschränkt werde. Es soll aber durch das Einführungsgesetz (warum nicht im Gesetzbuche?) bei einer von einem Vertragschließenden geübten so verschwenderischen Behandlung des Vermögens, daß er nach § 29 des Entwurfes entmündigt werden kann, dem anderen Vertragschließenden das Recht gegeben werden, den Entmündigungs-

antrag zu stellen. Dies steht in Uebereinstimmung mit Preuß. Landr. Th. I Tit. 12 § 626. Daneben gelten ferner für die Schmälerung des zur Zeit des Erbvertragsabschlusses vorhandenen Vermögens durch Schenkungen die besonderen Bestimmungen des § 1952, welche ich der gemeinrechtlichen Doktrin einer Freiheit zu allen nicht dolosen Schenkungen um deswillen vorziehe, weil der meist künstliche Beweis des dolus dem Vertragserben eine in thesi leicht gesagte, in praxi schwer lösbare Aufgabe setzt. Die Bereicherungsklage aus § 1952 kann der Vertragserbe nicht eher erheben, als bis er wirklich Erbe geworden ist, in Konsequenz des Satzes, daß er vorher kein Recht am Vermögen des Erblassers hat, und sie ist an eine vom Anfalle der Erbschaft an auf drei Jahre begrenzte Verjährungsfrist gebunden. Was endlich die Frage nach der Wirkung des Abschlusses des Erbeinsetzungsvertrages auf ein früheres Testament oder auf spätere Verfügung von Todeswegen betrifft, so entspricht es der gemeinrechtlichen Auffassung, daß nach § 1953 ersteres als aufgehoben, letztere als ausgeschlossen gilt.

Neben der Erbeinsetzung können im Testamente noch andere Verfügungen von Todeswegen getroffen werden und dies ist in gleicher Weise beim Erbvertrage zugelassen (§ 1955), wobei denn auf eine in dem Erbeinsetzungsvertrage neben der Einsetzung des Vertragserben von dem einen oder anderen Vertragschließenden getroffene Verfügung die Vorschriften, welche für den Fall gelten, wenn die Anordnung durch Testament getroffen ist, zur entsprechenden Anwendung kommen (§ 1956). Einen derartigen Nebeninhalt des Testamentes oder Erbeinsetzungsvertrages bilden das Vermächtniß (§ 1842 ffg.), die Auflage (§ 1886 ffg), die Aufstellung eines Testamentsvollstreckers (§ 1889 ffg.), familienrechtliche Anordnungen z. B. Benennung des Vormundes (§ 1636). Die Frage, in wie weit durch Verfügungen in einem Erbeinsetzungsvertrage der Erblasser gebunden werden könne, beantwortet der Entwurf aus Gründen, die in den Motiven gut entwickelt sind, dahin, daß der Erblasser nur durch Erbeinsetzungen und Vermächtnisse gebunden werden könne, in diesen Fällen aber die Bindung im Zweifel als gewollt anzunehmen ist.

Bei der Aufhebung muß zwischen der einseitigen letztwilligen Verfügung und dem Erbeinsetzungsvertrage eine wesentliche Verschiedenheit eintreten eben in Folge der zweiseitigen Natur des letzteren Rechtsgeschäfts. So steht denn zu § 1753 Abs. 2: „Die letztwillige Verfügung kann von dem Erblasser zu jeder Zeit auf-

gehoben werden" in geradem Gegensatze § 1957 Abs. 1: „Der Erbeinsetzungsvertrag kann nur durch einen zwischen den Personen, welche ihn geschlossen haben, zu schließenden Vertrag aufgehoben werden." Diese Verschiedenheit ist selbstverständlich. Und zwar muß der Aufhebungsvertrag gleich der Eingehung des Erbeinsetzungsvertrages in gerichtlicher oder notarieller Form geschehen. Eine besondere Regelung erheischt aber noch die Aufhebung des Erbeinsetzungsvertrages durch vorbehaltenen Rücktritt. Den vorbehaltenen Rücktritt von einem Vertrage überhaupt behandelt der Entwurf in den §§ 426 ffg., es sind aber über dessen Form und Wirkungen in Bezug auf Erbeinsetzungsverträge noch spezielle Bestimmungen in den §§ 1958, 1959, 1961 zweckmäßig getroffen.

Als Nebeninhalt des Erbeinsetzungsvertrages wurde das Vermächtniß bereits erwähnt, es kann jedoch ebensowohl, wie durch eine einseitige letztwillige Verfügung, für sich allein durch einen selbstständigen Vertrag, den Vermächtnißvertrag, nach § 1962 geschlossen werden, was auch bereits im gemeinen Rechte zur Geltung gekommen ist (Windscheid Pandekten § 632). Auf seine Errichtung und Aufhebung sind dann die über den Erbeinsetzungsvertrag und die für den Fall, daß in einem Erbeinsetzungsvertrage ein Vermächtniß mit bindender Wirkung angeordnet ist, geltenden Vorschriften anzuwenden.

Die donatio mortis causa noch als eigenthümliches Institut neben dem Erbeinsetzungs- und Vermächtnißvertrag bestehen zu lassen, muß als überflüssig erscheinen, und es kann sich daher der Entwurf § 1963 füglich darauf beschränken, zu sagen, daß auf eine Schenkung, die erst auf den Todesfall des Schenkers zum Vollzuge gelangen soll, die Vorschriften über den Erbeinsetzungs- oder Vermächtnißvertrag, wenn aber die Schenkung schon durch Veräußerung vollzogen ist, die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden zur Anwendung zu kommen haben.

Nach dem Gesagten geht der Entwurf davon aus, den Erbeinsetzungsvertrag als ein Analogon des einseitigen letzten Willensactes zu behandeln, eine Auffassung, bei welcher die geschichtliche Entwickelung des Erbvertrages auch schon im modernen gemeinen Rechte angelangt ist. Ich billige diesen Grundgedanken vollständig. Was ferner die Ausführung im Einzelnen betrifft, so sind die von den für die letztwillige Verfügung getroffenen Bestimmungen im Entwurfe gegebenen abweichenden Bestimmungen für den Erb-

einsetzungsvertrag weder unangemessen, noch zu zahlreich, ich wenigstens möchte keine derselben streichen oder wesentlich ändern, und möchte daher keine Abänderungsvorschläge machen. Eher könnte man fragen, ob nicht noch der eine oder andere in den Motiven als fraglich gestreifte oder sonst in der Litteratur als kontrovers behandelte Punkt durch eine weitere gesetzliche Bestimmung hätte festgestellt werden sollen, allein trotzdem möchte ich auch keine Zusätze beantragen. Denn nachdem die analoge Anwendung der Bestimmungen über das Testament einestheils und die Nothwendigkeit der Rücksichtnahme auf die Vertragsnatur des Erbeinsetzungsvertrages anderntheils feststehen, auch die wesentlichsten speziellen Normen gegeben sind, glaube ich, daß man im Gesetzbuche nicht allzu kasuistisch werden solle, sondern der Rechtsprechung vertrauen könne, daß sie aus den gegebenen Grundlagen für etwaige im Gesetzbuche nicht ausdrücklich gelöste Zweifelsfragen die Entscheidung zu finden vermöge.

Erstes Buch. Vierter Abschnitt.
Rechtsgeschäfte.
§§ 64—143.

Von Rechtsanwalt Professor Dr. Hellmann in München.

Obwohl der Entwurf in achtzig Paragraphen allgemeine Vorschriften für Rechtsgeschäfte aufstellt und dadurch zu erkennen giebt, daß er den Begriff des Rechtsgeschäfts für einen äußerst wichtigen hält, obwohl auch außerhalb dieser achtzig Paragraphen (im vierten Abschnitte des ersten Buches) noch sonst häufig der Begriff des Rechtsgeschäftes vorausgesetzt wird (vgl. z. B. §§ 194 Abs. 2, 195, 196, 199 Abs. 3, 217, 828, 965, 977, 1015), unterläßt es der Entwurf, den Begriff zu bestimmen. Dagegen wäre am Ende nichts einzuwenden. Die Rechtswissenschaft befände sich demzufolge in der gleichen Lage wie nach bisherigem gemeinen Rechte. Sie müßte versuchen, aus dem Ganzen des Gesetzes den Begriff zu abstrahiren. Allein es mußte dann um so mehr vermieden werden, daß die Motive von einem ganz bestimmten Begriffe des Rechtsgeschäftes ausgehen. Die Gefahr, irre zu leiten, durfte durch die Motive nicht geschaffen werden. Daß sie geschaffen wurde, gereicht den Motiven zum Vorwurfe.

Wenn die Motive (I. S. 126) behaupten, im Sinne des Entwurfes sei Rechtsgeschäft eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deßwegen eintritt, weil er gewollt ist, so kann dies so verstanden werden, daß auch nur der Erfolg eintritt, welcher gewollt ist. So verstanden entspricht aber die Definition den Bestimmungen des Entwurfes sicherlich ebensowenig, als jenen des gemeinen Rechtes; wie fast jedes Rechtsgeschäft zeigt, tritt häufig neben dem gewollten

auch ein nicht gewollter Erfolg ein z. B. neben der gewollten Verpflichtung zur Tradition aus dem Kaufe die häufig nicht gewollte Eviktionshaftung und Haftung für Mängel der Sache, neben der gewollten Haftung des Bürgen die häufig nicht gewollte Einrede der Vorausklage u. dgl.

Man kann aber noch weiter gehen und bezweifeln, ob im Rechtsgeschäft überhaupt irgend ein rechtlicher Erfolg als solcher gewollt sein muß, damit er eintrete oder ob nicht genügt, daß eine bestimmte thatsächliche Gestaltung der Dinge gewollt sei, indem die Rechtsordnung an diesen Willen einen bestimmten rechtlichen Erfolg knüpft? z. B. ob nicht zum Rechtsgeschäfte des Kaufes genügt, daß einerseits Uebergabe einer Sache gegen Empfang von Geld, anderseits Hingabe von Geld gegen Empfang einer Sache gewollt wird?

In der That sehen wir, daß der Entwurf in § 459 lediglich „den Kaufvertrag" als den Entstehungsgrund der Verpflichtungen des Käufers und des Verkäufers bezeichnet und dahingestellt läßt, welchen Inhalt die Willenserklärungen haben müssen, durch die der Kaufvertrag zu Stande kommt. Ebenso verhält es sich mit dem Miethvertrage (§ 503), der Gebrauchsleihe (§ 549) 2c. Nur etwa bei den auf Begründung und Uebertragung von Sachenrechten, Familien- und Erbrechten gerichteten Rechtsgeschäften läßt sich mit Grund behaupten, daß sie die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges beabsichtigen müssen.

Sollte unter diesen Umständen nicht auch der richtig verstandene Rechtsgeschäftsbegriff der Motive zu enge sein? Und würde eine weitere Fassung des Begriffes nicht den Vorzug haben, daß sie eine Unterscheidung der in den Motiven sogen. „Rechtshandlungen" (Mot. I S. 127, III S. 83, 360) von den „Rechtsgeschäften" überflüssig machen würde, und so der Oekonomie des Gesetzes zu gute käme? (vgl. §§ 801, 809).

Wie dem auch sei, jedenfalls muß man denjenigen zustimmen, welche behaupten,*) einmal daß der Entwurf über viele gleichgültigere und selbstverständlichere Dinge als der Rechtsgeschäftsbegriff ist, ausdrückliche Bestimmungen enthält, sodann, daß in den Motiven (I S. 126) mit Unrecht von einem im Wesentlichen der herrschenden Lehre entsprechenden Rechtsgeschäftsbegriffe die Rede ist. Demnach dürfte die Frage doch einer wiederholten reiflichen Erwägung

*) Zrodlowski, Kodifikationsfragen und Kritik 2c. Prag 1888 S. 60 ff.

werth sein, ob nicht der Begriff des Rechtsgeschäftes definirt werden und ob er nicht anders definirt werden soll, als es in den Motiven geschehen ist.

Wenden wir uns nun zu den einzelnen Vorschriften dieses vierten Abschnittes.

Erster Titel.

Geschäftsfähigkeit.

§ 64.

In Abs. 2 dieses Paragraphen könnte der Ausdruck „des Vernunftgebrauches — beraubt ist" Beanstandung finden, wenn man den § 64 mit § 28 Abs. 1 vergleicht. In der letzteren Stelle wird die Zulässigkeit der Entmündigung wegen Geisteskrankheit ausgesprochen. Als Voraussetzung dieser Entmündigung wird aufgestellt, daß eine Person „des Vernunftgebrauches beraubt ist". Durch diese Fassung wird angedeutet, daß ein bloß vorübergehender Zustand der Bewußtlosigkeit zur Entmündigung nicht führen kann. Dieser richtigen Verwendung der Worte „des Vernunftgebrauches beraubt sein" entspricht es nicht, wenn im § 64 Abs. 2 von der Geschäftsunfähigkeit einer „wenn auch nur vorübergehend des Vernunftgebrauches beraubten Person" die Rede ist. Anstatt der Worte „beraubt ist" wäre vielleicht „entbehrt" zu setzen.

§ 65.

Abs. 3 giebt Veranlassung, auf den vom Entwurfe neben Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften aufgestellten Begriff der „Unwirksamkeit" solcher etwas näher einzugehen. Denn der ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters von dem Minderjährigen abgeschlossene Vertrag soll zwar gültig, jedoch zunächst nicht wirksam sein. Das unwirksame Rechtsgeschäft ist nirgends definirt. Aber aus einer Anzahl von besonderen Bestimmungen des Entwurfs ergiebt sich, daß Unwirksamkeit aufgefaßt wird als die Unfähigkeit eines Rechtsgeschäfts, diejenige Vermögensänderung herbeizuführen, die es herbeizuführen bestimmt war. Man muß dies aus Vorschriften schließen, wie §§ 310, 830, 876, 424. In § 310 beispielshalber wird die Abtretung einer Forderung, die dem Abtretenden nicht zustand, für wirksam erklärt, wenn derjenige, dem sie zusteht, die Abtretung genehmigt. Mithin ist die Abtretung ohne die Genehmigung unwirksam, d. h. das abgetretene Forderungsrecht geht auf den Cessionar nicht über, obgleich das Geschäft zwischen Cedenten und Cessionar voll-

kommen gültig ist und wegen Nichtübergangs der Forderung Gewährleistungsansprüche des Cessionars gegen den Cedenten erzeugt.

Im Falle des § 65 Abs. 3 wird demnach die Unwirksamkeit des Vertrages zu verstehen sein als die Unfähigkeit desselben, das Vermögen des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten mit einem Passivum zu belasten oder ein Recht, das zu seinem Vermögen gehört, zu übertragen oder zu beschränken. Der wesentliche Unterschied der Unwirksamkeit gegenüber der Nichtigkeit des Entwurfs besteht darin, daß das unwirksame Rechtsgeschäft konvalescenzfähig ist mit nicht bloß obligatorischer, sondern mit dinglicher Wirkung. Das anfechtbare Geschäft kann zwar durch Genehmigung ebenfalls vollwirksam werden, allein es unterscheidet sich von dem unwirksamen doch nach zwei Richtungen:

Einmal besteht das anfechtbare Geschäft bis zur Anfechtung zu Recht. Erst durch den dem Anfechtungsgegner erklärten Anfechtungswillen wird es hinfällig, während die Unfähigkeit zu wirken beim unwirksamen Geschäfte von jeder Willenserklärung unabhängig ist.

Sodann ist das unwirksame Geschäft gültig, so weit dies ohne die vermögensändernde Wirkung möglich ist, das angefochtene anfechtbare Geschäft dagegen ist in allen Beziehungen ungültig.

Wenn die Bedeutung der Unwirksamkeit in Vorstehendem richtig gefaßt wurde, so durfte der Entwurf im Interesse der Festigkeit des Sprachgebrauchs, der Bezeichnung „unwirksam" sich da nicht bedienen, wo einem Rechtsgeschäfte jegliche rechtliche Geltung abgesprochen wird. Dies geschieht aber in den meisten Fällen, in welchen die Unzulässigkeit der bedingten oder befristeten Errichtung eines Rechtsgeschäftes festgesetzt wird z. B. §§ 282^2, 870, 1137, 1472, 1594, 1615, 1629^5, 1892^2, 2035, 1873^3, 2094^3.

Nur in einem einzigen Falle (§ 1248^2), nämlich bei Feststellung der Erfordernisse der Eheschließungsform wird bestimmt, daß die erforderlichen Erklärungen der Verlobten nicht unter Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen können. Diese Fassung ist aber gerade im Entwurfe als technische sehr häufig gewählt, um das Verbot eines Rechtsgeschäftes und damit die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes zum Ausdrucke zu bringen (vergl. § 105 und dazu Motive I S. 211 Z. 1 ff. v. o.). Und doch wird sich nicht behaupten lassen, daß beispielsweise die Auflassung unter einer Bedingung für das Recht mehr vorhanden sei, als die Eheschließung unter einer Bedingung! Ebensowenig wird sich von der

bedingten Auflassung oder der bedingten Erbschaftsausschlagung sagen lassen, sie seien konvalescenzfähig!

Noch auffallender tritt die Ungleichmäßigkeit der Ausdrucksweise in

§ 66

hervor. Wenn dort das gegenüber einer geschäftsunfähigen und unter Umständen auch das gegenüber einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person vorgenommene Rechtsgeschäft für unwirksam erklärt wird, soferne die Wirksamkeit desselben von der Vornahme gegenüber einem Betheiligten abhängt, z. B. die Mahnung oder Kündigung, so soll damit doch gesagt sein, daß es hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen werde, als ob es nicht vorgenommen worden wäre. Damit ist aber eben der Begriff des nichtigen Rechtsgeschäftes nach dem Entwurfe erschöpft (vgl. § 108).

Zweiter Titel.

Willenserklärung. §§ 72—76.

§ 72.

Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung zu gesetzlichen Begriffen zu erheben wäre nur dann zweckmäßig, wenn sich mit denselben ein über jedem Zweifel stehender Sinn verbinden ließe. Wie wenig dies zutrifft, beweist ein Blick in die gemeinrechtliche Literatur und wird neuerdings durch Hartmann (Archiv f. civ. Pr. Bd. 73 S. 161 ff.) bestätigt.

Der Entwurf würde daher wohl besser von dieser Unterscheidung absehen. Aber selbst wenn sie beibehalten werden sollte, erschiene doch die Aufnahme des § 72 in ein Gesetz viel zu doktrinär. Denn er würde ja auch dann nichts anderes besagen, als daß es zulässig sei, den Willen auf diejenige Weise zu erklären, auf welche die Erklärung desselben möglich ist. Man könnte allerdings einwenden, die Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung könne nicht entbehrt werden, weil der Entwurf an verschiedenen Stellen eben nur die ausdrückliche Erklärung zulassen wolle. Allein, wenn das legislatorisch berechtigt sein soll, so muß kein Zweifel darüber gelassen werden, was die ausdrückliche und was die stillschweigende Erklärung sei. In den Fällen aber, in welchen nur die ausdrückliche Erklärung zugelassen wird, ist wohl die Meinung, eine schriftliche oder mündliche Erklärung bestimmten Inhalts

zu verlangen. Man vergl. §§ 65 Abs. 5, 123 Abs. 3, 315 Abs. 2, 1288 Abs. 1, 1472 und dazu §§ 1918 und 1943 Abs. 2.

Soll aber die ausdrückliche Willenserklärung in dieser Weise verstanden werden, so wäre immerhin nothwendiger ein dieselbe entsprechend definirender Paragraph, als ein Paragraph, der, wie § 72, nur statuirt, daß die Willenserklärung grundsätzlich nicht eine ausdrückliche sein müsse.

Nicht minder überflüssig als § 72 ist

§ 73.

Zum mindesten trifft dies für den zweiten Satz des § 73 zu. Denn wenn der erste Satz sagt, daß bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen ist, so ist damit zur Genüge ausgedrückt, daß der nur scheinbare Wille dem wirklichen Willen zu weichen hat, folglich auch derjenige scheinbare Wille, der durch den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks dargestellt wird. Andererseits ist der zweite Satz vielleicht geeignet, die Vorstellung zu erwecken, als seien der wirkliche Wille und der buchstäbliche Sinn des Ausdruckes nothwendige Gegensätze. Auch deckt dieser Satz die stillschweigende Willenserklärung nicht, obgleich er dem ersten auf alle Willenserklärungen bezüglichen Satze als coordinirt angereiht ist.

Aber auch der erste Satz des § 73 „bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen" ist kein Bedürfniß. Dieser Satz wendet sich an den Richter, der in der Beweiswürdigung die denkbar freieste Stellung nach § 259 C. P. O. einnimmt. Die Aufgabe dieses Richters ist es, im Rechtsstreite zu prüfen, ob die behauptete Willenserklärung vorliege; bei dieser Prüfung hat er in jedem Falle die Gründe anzugeben, die ihn von der Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung überzeugen. Geht seine begründete Ueberzeugung dahin, daß der buchstäbliche Sinn der gewollte sei, so thut er nicht Unrecht, wenn er diese Ueberzeugung seiner Entscheidung zu Grunde legt; hält er aus Gründen einen anderen als den buchstäblichen Sinn für den gewollten, so befindet er sich in der gleichen Lage; thut er aber das Eine oder das Andere ohne Gründe, so liegt darin schon nach den Bestimmungen der C. P. O. §§ 284 Nr. 4, 259, 513 Nr. 7 eine Rechtsverletzung.

§ 74.

Wenn man von der Ueberflüssigkeit einer gesetzlichen Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung ausgeht, so ist folgerichtig auch in § 74 davon abzusehen. Allein

auch vom Standpunkte des Entwurfes § 72 erfordert der § 74 die verschiedene Behandlung beider Arten von Willenserklärungen nicht. Der Entwurf will sich in § 74 Abs. 1 hinsichtlich der Frage nach dem Beginne der Wirksamkeit einer Willenserklärung die sogenannte Empfangstheorie aneignen. Dieselbe würde zum erschöpfenden Ausdrucke gelangen, wenn für beide Arten von Willenserklärungen bestimmt wäre, daß sie wirksam werden, wenn sie dem Destinatär „zukommen". Denn in den Fällen, welche man gemeinhin dem Begriffe der stillschweigenden Willenserklärungen unterstellt, wird von einem anderen „zukommen" als demjenigen, welches in der Erlangung der Kenntniß besteht, nicht gesprochen werden können. Man denke z. B. an die stillschweigende Stundungserklärung durch vorbehaltlose Annahme der für das künftige Jahr vorausbezahlten Zinsen des fälligen Kapitals! Wie sollte sie anders dem Schuldner zukommen als dadurch, daß er von ihr Kenntniß nimmt?

Die Bestimmung des zweiten Absatzes, daß die Willenserklärung nur dann als nicht erfolgt gilt, wenn eine den Widerruf enthaltende Willenserklärung vorher oder gleichzeitig zur Wirksamkeit gelangt, nicht aber dann, wenn sie später zur Wirksamkeit gelangt, erregt Zweifel an ihrer Zweckmäßigkeit. Man setze den Fall der Kündigung eines Miethsvertrages oder eines Auftrages! Welche Gründe sollten es rechtfertigen, die Kündigung wirksam bestehen zu lassen, wenn ihr Widerruf dem anderen Theile später zugekommen ist, vorausgesetzt, daß der Empfänger der Kündigung beim Eintreffen des Widerrufs noch keinerlei Maßnahmen in Folge der Kündigung getroffen hat? Erscheint es nicht unbillig, dem Miether, welcher den Widerruf der Kündigung später als diese empfangen hat und zunächst dieses Widerrufes sich freute, weil ihm die Gewinnung eines andern Miethobjektes aussichtslos schien, nach längerer Zeit die Berufung auf den Bestand der Kündigung zu gestatten, weil er jetzt zufällig Gelegenheit fand, einen andern Miethvertrag zu besseren Bedingungen einzugehen? Oder soll man dem Vermiether, dessen Kündigungswiderruf später als die Kündigung eintraf, gestatten, diesen Widerruf als ungeschehen zu behandeln, während sich der Miether darauf verlassen hatte? Sollte nicht für solche Fälle die Bestimmung am Platze sein, daß auch der nach der widerrufenen Erklärung eintreffende Widerruf die widerrufene Erklärung aufhebt, falls er nicht unverzüglich zurückgewiesen wird? Aber auch wenn man die Billigkeitsfrage verneint,

bleibt an der Fassung auszusetzen, daß sie von einem Wirksamwerden der rechtzeitig widerrufenen Erklärung ausgeht, während doch dieses Wirksamwerden in Wahrheit ein Unwirksamsein ist. Auch die Einfachheit des Ausdruckes gewänne, würde man bestimmen: „Der Widerruf einer Willenserklärung, welcher dem Empfänger gleichzeitig mit der letzteren oder vorher zukommt, schließt die Wirksamkeit derselben aus."

In Absatz 3 des § 74 wird der Tod, sowie der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Urhebers der Willenserklärung für die Wirksamkeit der letzteren als einflußlos erklärt, falls die ausdrückliche Willenserklärung behufs Absendung abgegeben oder die stillschweigende Willenserklärung schon vollzogen war.

Hier wird zuerst zu fragen sein, weßhalb nur die Einflußlosigkeit von Tod und Geschäftsunfähigkeit des Urhebers der Willenserklärung, nicht auch ihres Destinatärs erwähnt wird, wie für den Vertragsantrag in § 89 geschehen ist? Dies wäre um so nothwendiger gewesen, als die Motive (Bd. I. S. 159) sich veranlaßt sehen, ein nach anderer Richtung denkbares argumentum a contrario aus § 89 ausdrücklich abzulehnen. Unter diesen Umständen könnte man versucht sein, als die Meinung der Motive anzusehen, daß für die Frage, ob nach § 74 der Tod oder die nachträgliche Geschäftsunfähigkeit des Destinatärs einer Willenserklärung, welche kein Vertragsantrag ist, das argumentum a contrario aus § 89 zulässig sei, ein Ergebniß, welches doch wohl ebensowenig der Absicht der Redaktoren wie der Sachlage entsprechen dürfte.

Sodann bietet dieser Absatz ein Beispiel dafür, daß sich die Gesetzessprache ohne Schaden vereinfachen ließe, wenn man von der verschiedenen Bezeichnung des Wirksamkeitsmomentes der ausdrücklichen und desjenigen der stillschweigenden Willenserklärungen absähe. Der Absatz 3 ließe sich unter dieser Voraussetzung so fassen: „Die Wirksamkeit der Willenserklärung wird dadurch nicht berührt, daß ihr Urheber (oder derjenige, an welchen sie gerichtet war) stirbt oder geschäftsunfähig wird, bevor sie dem Betheiligten zukommt."

Zu §§ 72—76

ist die Ungleichmäßigkeit der Sprache zu beanstanden, welche darin liegt, daß in § 72 „die" Willenserklärung, in §§ 73, 74 Abs. 1, 75, 76 aber „eine" Willenserklärung gesagt wird. Auch in § 72 ist nicht von einer bestimmten Willenserklärung die Rede, weshalb auch hier der unbestimmte Artikel am Platze ist.

Dritter Titel.

Vertragsschließung §§ 77—90.

§ 77.

Zur Schließung eines Vertrages wird hier ein Erforderniß aufgestellt, dessen Erfüllung unmöglich ist, das Erforderniß nämlich, „daß die Vertragschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären.“ Solange die beiderseitigen Erklärungen nicht vollendet sind, kann eine Uebereinstimmung der Willen nicht bestehen. Die Uebereinstimmung kann erst als Ergebniß der Erklärungen sich herausstellen; denn unter Uebereinstimmung wird ja vom Entwurfe nicht die zufällige Gleichheit der Willen, sondern die Annahme des einen durch den anderen verstanden (§ 87). Es ließe sich der dem § 77 zu Grunde liegende Gedanke richtiger so fassen:

> Zur Schließung eines Vertrages wird erfordert, daß die von dem einen Vertragschließenden an den anderen gerichtete Willenserklärung von diesem angenommen wird.

Damit würde zugleich die ohnehin nicht recht zu begründende Trennung des § 87 von § 77 überflüssig gemacht. Es läge alsdann in § 77 sowohl das inhaltliche wie das zeitliche Perfektionserforderniß ausgedrückt.

§ 78.

Dieser Paragraph ist in seinem Abs. 1 überflüssig; denn er sagt nichts weiter, als daß der Vertrag nicht geschlossen sei, solange nicht der eine Vertragschließende die an ihn gerichtete Willenserklärung des andern angenommen habe. Einer Hervorhebung der Nothwendigkeit gesetzlich erheblicher Willenserklärung bedarf es nicht. Denn welche Erklärungen für den einzelnen Vertrag nach dem Gesetze wesentlich sind, bestimmt ja das Gesetz ohnehin. Daraus folgt aber, daß die Annahme einer gesetzlich unerheblichen Willenserklärung ein Vertrag nicht sein kann.

§ 79.

Die Einführung des Begriffes „gegenseitiger Vertrag“ in § 79 sollte nicht ohne Feststellung der Erfordernisse desselben geschehen oder doch nicht ohne Aufstellung der Merkmale, durch welche er sich als eine besondere Vertragsart darstellt.

Auch eine Bestimmung darüber sollte nicht fehlen, wie lange der andere Vertragschließende gebunden sei, wenn der eine seine Gebundenheit von seiner Willkür abhängig gemacht hat. Jedenfalls

würde sich empfehlen, dem gebundenen Kontrahenten einen Weg zu eröffnen, auf dem er der eigenen Gebundenheit und der gegnerischen Ungebundenheit ein Ziel zu setzen vermöchte.

§ 81.

Die Worte „ausdrücklich oder stillschweigend" sind Angesichts des § 72 überflüssig.

§§ 83, 84, 86.

Da es nach diesen Paragraphen von rechtlicher Erheblichkeit ist, ob ein Vertragsantrag einem Anwesenden oder einem Abwesenden gemacht ist, so bestand für die Redaktion gegründete Veranlassung, zu entscheiden, ob der durch Telephon gestellte Antrag als Antrag unter Anwesenden oder unter Abwesenden zu erachten sei. Bei der großen wirthschaftlichen Bedeutung dieses Verkehrsmittels, die sich stetig zu erhöhen verspricht, sollte der Wissenschaft und Praxis kein Spielraum gelassen worden sein. Es ist aktuelles Bedürfniß des Verkehrs, diese Frage unzweifelhaft entschieden zu sehen und läßt sich nicht absehen, warum das Telephon nicht dieselbe Berücksichtigung erfordern sollte wie der Telegraph (§ 92 Abs. 2).

§ 86.

Nach Abs. 2 ist die stillschweigende Annahme des einem Abwesenden gemachten Vertragsantrags insbesondere dann als gestattet anzusehen, wenn aus dem Antrage erhellt, daß der Antragende keine Antwort, sondern nur Annahme erwartet.

Hier tritt die Antwort in Gegensatz zur Annahme, während doch ein solcher Gegensatz nicht besteht; denn die Antwort ist in den meisten Fällen der Verträge die Form der Annahme. Verständlicher würde Abs. 2 lauten, wenn es hieße: „... daß der Antragende keine Benachrichtigung von der erfolgten Annahme erwartet."

§ 87. vgl. § 77.

§ 89.

Dieser Paragraph ist so gefaßt, daß man zu der Meinung verleitet wird, es solle die Annahmeerklärung durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Annehmenden oder des Antragstellers in ihrer Wirksamkeit beeinflußt werden, ohne daß doch ersichtlich ist, weshalb die Annahmeerklärung anders als der Antrag behandelt werden dürfte.

Ferner würde die Gleichmäßigkeit der Sprache erfordern, daß entweder hier wie in § 74 Abs. 3 der Zeitpunkt, in welchem der

Antrag „zum Zweck der Absendung abgegeben“ worden ist, für entscheidend erklärt werde, oder daß in § 74 Abs. 3 wie in § 89 dieser Zeitpunkt als der „der Absendung“ bezeichnet würde.

Vierter Titel.

Form der Rechtsgeschäfte.

§ 91.

Abs. 2 geht u. E. über die zulässigen Grenzen der Gesetzessprache hinaus, wenn er sagt:

„Ist durch Gesetz eine besondere Form vorgeschrieben, so ist . . . nöthig, sofern nicht ein Anderes vorgeschrieben ist.

§§ 92 Abs. 2 und 94 Abs. 1.

Mit Recht wurde bereits von anderer Seite (vgl. Hölder im Archiv f. Civ. Pr. Bd. 73 S. 91 ff.) hervorgehoben, daß die Freiheit der schriftlichen Form, welche in § 92 Abs. 2 für telegraphische Willenserklärungen zugelassen ist, durch § 94 Abs. 1 illusorisch gemacht wird für Verträge; denn wenn zum schriftlichen Vertrage die Unterschrift sämmtlicher Kontrahenten auf derselben Urkunde oder Ausfertigung gleichlautender Exemplare für jeden Kontrahenten mit der Unterschrift des anderen erforderlich ist, so läßt sich die Möglichkeit der analogen Anwendung des § 92 Abs. 2 nicht einsehen.

Fünfter Titel.

Willensmängel.

§ 95.

Man hat dem § 95 zum Vorwurfe gemacht, daß er in Bezug auf die von ihm getroffene reservatio mentalis von der Unterstellung einer bewußten Divergenz zwischen dem wirklichen und dem erklärten Willen ausgehe, da doch in solchem Falle der Erklärende eben wegen der Kenntniß des Inhalts seiner Erklärung diese zum Inhalte seines Willens in dessen relevanter Erscheinungsform erhoben habe, m. a. W. die Kongruenz von Wille und Erklärung dadurch nicht ausgeschlossen sei, daß der Erklärende gleichzeitig den Entschluß fasse, seiner Erklärung zuwider zu handeln (Hölder a. a. O. S. 93). Diesen Vorwurf vermag ich nicht für begründet zu halten; schon deshalb nicht, weil er für § 96 ebenso Geltung haben würde, obgleich man ihn gegen diesen Paragraphen nicht erhoben hat. Aber auch weiter des-

wegen nicht, weil die rechtliche Geltung des Rechtsgeschäftes allerdings von einem Doppelmomente abhängt, nämlich einmal von dem Vorhandensein einer Willenserklärung und ferner von der Kongruenz der Erklärung mit dem unabhängig von ihr zu denkenden Willen d. h. dem auf ein gewisses Ziel gerichteten Begehren. Wenn daher das Begehren beispielsweise darauf gerichtet ist, Eigenthümer einer Sache zu bleiben, die Erklärung aber trotzdem auf Uebereignung lautet, so liegt nicht die Erklärung des wirklichen Willens vor. In Wahrheit ist daher die Mentalreservation nicht die Erklärung eines wirklichen Willens mit der Absicht, demnächst pflichtwidrig zu handeln, sondern Erklärung eines nicht vorhandenen Willens mit der Absicht, demnächst diese Divergenz geltend zu machen, um den Wirkungen zu entgehen, welche die Erklärung als Erklärung des wirklichen Willens im Gefolge hätte.

Demnach dürfte die Fassung des § 95 Satz 1 gerechtfertigt sein. Dagegen muß allerdings zugegeben werden, daß der zweite Satz des § 95 besser weg bliebe (Hölder a. a. O.), da der dolus des Reservanten auch da verdient, daß man diesen beim Worte nehme, wo der Empfänger der Erklärung zufällig den dolus gekannt hat.

§ 96

läßt eine andere Redaktion seines zweiten Absatzes als wünschenswerth erscheinen. Denn daß sich die Gültigkeit des bei Vornahme eines Scheingeschäftes beabsichtigten andern Geschäfts nach den für dieses geltenden Vorschriften bestimmt, bedurfte keiner Hervorhebung, da die Gültigkeit aller Rechtsgeschäfte sich nach den für dieselben geltenden Vorschriften bestimmt. In dieser Beziehung wird auch wohl niemals ein Zweifel auftauchen. In Frage könnte nur kommen, ob aus der in Abs. 1 statuirten Nichtigkeit des Scheingeschäfts nicht zu folgern sei, daß diese auch das hiebei beabsichtigte ernstliche Geschäft ergreife. Sollte — was zweifelhaft sein dürfte — ein Bedürfniß für ausdrückliche Ablehnung dieser Folgerung anzunehmen sein, so ließe sich demselben genügen, wenn mit wenig Worten bestimmt würde, daß die Nichtigkeit des Scheingeschäfts die Gültigkeit eines dabei ernstlich beabsichtigten anderen Geschäfts nicht ausschließe.

An

§ 98

möchte ich zunächst aussetzen, daß die Ausdrucksweise in Satz 1 sich jener in § 95 nicht anpaßt. Dies könnte leicht ohne Beeinträchtigung des Gedankens geschehen, wenn es hieße:

„Ist der Urheber einer Willenserklärung sich des Mangels der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen (oder richtiger: mit dem als gewollt Erklärten) nicht bewußt, so ist . . . .“

Weit ernstlicher ist aber ein anderes Bedenken. Es war die Aufgabe des Entwurfs, in der unsicheren und verwickelten Lehre des gemeinen Rechts vom Irrthum aufzuräumen und Klarheit zu schaffen. Auf den ersten Blick scheint es auch, als habe der § 98 die Irrthumslehre auf eine sehr einfache Grundlage gestellt. Sieht man näher zu, so ergiebt sich jedoch, daß alle die alten Zweifel über die Frage, wann man sagen könne, daß eine andere Sache oder eine andere Person gewollt war, als die erklärte von Neuem sich erheben müssen, wenn es bei der Fassung des zweiten Satzes verbleibt.

So konnte denn auch von einem Kritiker des Entwurfs aus diesem § 98 Satz 2 die Folgerung abgeleitet werden, daß der Vertrag des Antisemiten, der grundsätzlich bei Juden nicht einkauft, mit dem Juden nichtig sei, wenn jener diesen nicht für einen Juden gehalten hat. (Hölder a. a. O. S. 98.) Freilich läßt sich die Schwierigkeit nicht verkennen, welche der Versuch einer Abhülfe bereitet. Allein daß diese Abhülfe dringend geboten sei, darf noch weniger verkannt werden.

§ 99

ist in seinem Absatz 1 wiederum nicht glücklich redigirt. Denn einmal ist die Willenserklärung unter der Voraussetzung des § 98 Satz 1 nicht bloß für nichtig zu erachten, sondern sie ist nichtig; außerdem klingt es höchst sonderbar, wenn das Gesetz von einer nichtigen Willenserklärung aussagt, sie sei gültig. Die Verbesserung liegt hier sehr nahe. Man könnte den Abs. 1 so fassen:

„Wenn dem Urheber der Willenserklärung grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, findet § 98 keine Anwendung.“

§ 102.

Ob dieser Paragraph nicht überflüssig sei, ist gefragt worden, weil man überhaupt die Entgegensetzung des die Kongruenz von Wille und Erklärung ausschließenden Irrthums und des Irrthums in den Beweggründen für ungerechtfertigt erklärt hat. Läßt sich aber eine feste Grenze zwischen beiden Irrthumsarten finden, so darf die besondere Betonung der Gleichgültigkeit des Irrthums in den Beweggründen als zweckmäßig erachtet worden. Die Grenze läßt sich finden, wenn man unter dem Irrthum in den Beweggründen einen

Irrthum versteht, welcher nicht betrifft Art, Objekt oder Subjekt des Geschäfts, welcher mit andern Worten beruht in einer falschen Vorstellung von Thatsachen, die außerhalb des Inhaltes des konkreten Rechtsgeschäftes liegen.

§ 104.

Dem Abs. 2 des § 104 hat man, wie mir scheint, mit Unrecht den Vorwurf der Ueberflüssigkeit gemacht (Hölder a. a. O. S. 98 ff.). Denn wenn es auch richtig ist, daß die auf den Betrug oder die Drohung gegründete Schadensersatzforderung in 30 Jahren verjährt ist, so bleiben doch die Fälle, in welchen wegen Betrugs oder Drohung ein Sachenrecht übertragen oder aufgegeben ist, zu berücksichtigen. Ist beispielsweise der Betrogene 29 Jahre lang in Unkenntniß des Betruges geblieben, der ihn zur Uebertragung seines Eigenthums veranlaßt hat, so hat es guten Sinn, daß er im 30. Jahre durch Abgabe der Anfechtungserklärung die Nichtigkeit der Uebereignung herbeiführen und so seine Sache auch von dem dritten bösgläubigen Besitzer vindiziren kann.

Aber auch dagegen läßt sich mit Grund nichts einwenden, daß die Anfechtungsfrist auf ein Jahr von der Entdeckung des Betrugs oder dem Aufhören der Zwangslage festgesetzt ist. Denn es ist eine leichte Zumuthung für den Betrogenen oder Gezwungenen, daß er anfechte. Bedarf es doch hiezu lediglich einer an den Betrüger oder an den Nöthiger zu richtenden Erklärung! Wer diese nicht abgeben will, der giebt zu erkennen, daß er mit den Wirkungen des Geschäfts einverstanden sei. Ihm braucht nicht weiter geholfen zu werden. Er wird dadurch keineswegs schlechter gestellt gegenüber dem Betrüger als gegenüber dem gutgläubigen Geschäftsgegner im Falle des Irrthums (§ 98) (Hölder a. a. O. S. 99 ff.). Denn im Falle des Irrthums hat er nicht seinen wirklichen Willen erklärt, wie im Falle des Betruges und der Drohung, dort ist mithin eine Wirkung des Geschäfts von vorneherein ausgeschlossen, während es sich hier um die Beseitigung einer eingetretenen Wirkung handelt.

Sechster Titel.

Unerlaubte Rechtsgeschäfte.

§ 106.

Kein Kritiker wird an der Bestimmung, daß ein Rechtsgeschäft nichtig sei, dessen Inhalt gegen die öffentliche Ordnung verstößt,

vorübergehen können, ohne dieselbe für eine äußerst bedenkliche zu erklären. Die Motive erkennen selbst die Bedenklichkeit der Vorschrift an (I. S. 211), aber sie versuchen nicht, nachzuweisen, daß sie trotz ihrer Bedenklichkeit nothwendig sei. Denn es ist gewiß nicht ein solcher Versuch, wenn die Motive bemerken: „Neben den guten Sitten ist die öffentliche Ordnung erwähnt, weil der Inhalt eines Rechtsgeschäfts auch gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstoßen kann und ein Verstoß gegen die letzteren nicht immer einen Verstoß gegen die ersteren enthält". Es müßte vor Allem erst feststehen, daß die allgemeinen Interessen des Staates mit der öffentlichen Ordnung identisch seien. Das kann aber nicht als richtig anerkannt werden. Wenn beispielsweise ein Hauseigenthümer mit einem Baumeister dahin kontrahirt, daß dieser am Hause gewisse Vorrichtungen anbringe, welche die Sicherheit des Publikums gefährden, so verstößt der Vertrag gegen die öffentliche Ordnung, ohne daß man sagen könnte, er verletze allgemeine Staatsinteressen. Daß der Vertrag nichtig sein müsse, dafür besteht aber kein Bedürfniß. Aber selbst wenn man die öffentliche Ordnung mit dem allgemeinen Staatsinteresse identifiziren wollte, würde die Vorschrift des § 106 an Bedenklichkeit nicht verlieren, da die Auffassung von dem allgemeinen Staatsinteresse je nach der politischen Ueberzeugung des Richters ungeachtet seiner Gewissenhaftigkeit eine verschiedene sein muß, während in Bezug auf die Frage der guten Sitten eher eine communis opinio omnium sich denken läßt.

Siebenter Titel.

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

§ 107.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkung als nicht vorgenommen angesehen. Die Motive (I. S. 217) rechtfertigen den Beisatz „gewollten" mit der Absicht, dem Mißverständnisse vorzubeugen, als ob die unbeabsichtigten Wirkungen außergeschäftlicher Thatbestände z. B. der culpa in contrahendo nach § 97 Abs. 3, § 99 Abs. 2 ebenfalls von der Nichtigkeit des Geschäftes berührt würden. Allein diesem Mißverständnisse wird nur um den Preis eines andern vorgebeugt, nämlich des Mißverständnisses, daß ein Rechtsgeschäft nur diejenigen Wirkungen äußern könne, welche beabsichtigt waren. Und doch unterliegt es

keinem Zweifel, daß wegen Eviktion oder wegen Mängel der verkauften Sache vom Verkäufer gehaftet wird, auch wenn er beim Verkauf an diese Haftung gar nicht gedacht, geschweige denn sie beabsichtigt hat. Die Konsequenz der Redaktion des § 107 würde sein, daß hinsichtlich dieser nicht beabsichtigten Wirkungen des nichtigen Kaufes derselbe bestehen bleibt.

§ 109

ist als völlig überflüssig zu streichen. Denn wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft durch späteren Wegfall der Nichtigkeitsgründe gültig werden sollte, so müßte dies besonders zugelassen sein.

Achter Titel.

Vertretung und Vollmacht.

§ 115.

Die Stellvertretung soll ausnahmsweise nicht zulässig sein, wo die „Natur des Rechtsgeschäftes" derselben entgegensteht. Nach den Motiven (I. S. 224) sollen hierdurch diejenigen Fälle getroffen werden, in welchem die aus dem Rechtsgeschäfte zu entnehmende Unzulässigkeit der Vertretung so offen ersichtlich ist, daß eine besondere Hervorhebung nicht für erforderlich erachtet worden ist.

Dieser Zweck wäre einfacher zu erreichen durch Ersetzung der „Natur des Rechtsgeschäftes" mittels der Worte „Inhalt des Rechtsgeschäftes". Diese Ersetzung würde sich um deswillen empfehlen, weil die „Natur des Rechtsgeschäfts" undefinirt geblieben und damit Jedermann freigestellt ist, sich unter der „Natur" vorzustellen, was ihm als solche erscheint. (Vergl. Zrödlowski, Kodifikationsfragen und Kritik ꝛc. S. 32.)

§§ 117, 118.

Der Entwurf geht von der Grundauffassung aus, daß das durch einen Stellvertreter zu Stande gekommene Rechtsgeschäft ein Rechtsgeschäft des Vertreters, Erklärung seines Willens sei, daß aber die Wirkungen des Geschäftes statt dem Vertreter, dem Vertretenen zugerechnet werden. Die Motive leiten (I S. 226 ff.) aus dieser Auffassung ab, daß die Voraussetzungen der Gültigkeit und Wirksamkeit des Geschäftes in der Person des Vertretenen insoweit gegeben sein müssen, als ohne dieselben eine Beziehung auf den Vertretenen nicht möglich ist, bei dem Vertreter dagegen die Vornahme des Rechtsgeschäftes liege. Die etwaigen Willensmängel kämen daher in der

Person des Vertreters in Betracht. Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des letzteren schade aber nicht, da sie sich nach Grund und Zweck nur auf seine eigenen Angelegenheiten beziehe. Dieser letzte Satz ist jedoch in Wahrheit bereits ein Verlassen der Grundauffassung. Denn ist einmal der Vertreter die Person, welche das Rechtsgeschäft vornimmt, so findet auch nothwendig auf ihn § 65 Abs. 2—6 Anwendung. In § 65 Abs. 2 wird lediglich der Vornahme von Rechtsgeschäften des Geschäftsbeschränkten eine Grenze gezogen ohne Rücksicht darauf, ob sich dieselbe auf seine eigenen oder auf fremde Angelegenheiten bezieht. Zudem kann die Thätigkeit als Stellvertreter nach § 125 sehr empfindlich zur eigenen Angelegenheit des Vertreters werden. Es könnte sich mithin nur fragen, ob die Vornahme des Rechtsgeschäftes Seitens des Stellvertreters ihm lediglich Rechte erwirbt oder ihn lediglich von Verbindlichkeiten befreit. Muß beides verneint werden, so ist die Konsequenz, daß ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter auch als Stellvertreter der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Dieses unerwünschte Ergebniß läßt sich nur vermeiden, wenn man von einer anderen Grundauffassung ausgeht als der Entwurf, nämlich von der Auffassung, daß der Vertretene in allen Fällen der freiwilligen Vertretung das Rechtsgeschäft vornehme, d. h. daß von ihm diejenige Thätigkeit ausgehe, welche den Thatbestand des Rechtsgeschäftes herstellt. Diese Auffassung schließt nicht aus, daß es eine Willenserklärung des Vertreters ist, deren sich der Vertretene zur Entfaltung seiner rechtsgeschäftlichen Thätigkeit bedient, eine Willenserklärung in dem Sinne einer Aeußerung seines Ermessens, so daß in der Person des Vertreters jedenfalls Willensfähigkeit (Geschäftsfähigkeit) erfordert werden muß und die Berücksichtigung der Willensmängel, der Kenntniß und Unkenntniß in der Person des Vertreters offen bleibt. Andererseits darf aber die Kenntniß und Unkenntniß des Vertretenen oder dessen Willensmangel nicht unberücksichtigt bleiben, soweit bei der freiwilligen Stellvertretung sein Wille an den Geschäftsabschluß betheiligt ist und bestimmend war. (So mit Recht Hölder a. a. O. S. 115.) Es genügt nicht, wenn der Entwurf in § 117 schlechthin auf die Person des Vertreters gesehen wissen will und nur ausnahmsweise in § 118 bei der Ermächtigung zu einem bestimmten Rechtsgeschäft das Wissen oder Wissenmüssen des Vertretenen entscheiden läßt. Denn wenn die Motive (I. S. 227) die Ausnahme des § 118 mit der Erwägung begründen, daß der Vertretene in solchen Fällen die Willensentscheidung

beeinflusse und Theil an ihr habe, so trifft diese Erwägung auch zu, wo der Vertretene sich über Objekt oder Subjekt des Geschäftes oder über die Art desselben irrt.

Wenn beispielsweise A den B bevollmächtigt, in seinem Namen die Sache x zu kaufen, B aber meint, er solle y kaufen und nun x kauft, weil er x für y hält, so läßt sich nicht absehen, weshalb der Kauf für A nicht gültig sein soll. (Vgl. auch das von Hölder a. a. O. angeführte Beispiel).

Von der freiwilligen Stellvertretung muß man freilich die gesetzliche unterscheiden. Bei letzterer nimmt allerdings der Vertreter allein das Rechtsgeschäft vor. Hier beruht aber auch die Wirkung der Vertretung gar nicht auf dem Willen des Vertretenen.

§ 120.

An der Redaktion des Abs. 1 muß beanstandet werden, daß die durch besondere Mittheilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegebene Bevollmächtigung des Stellvertreters eine selbstständige „Bevollmächtigung" genannt wird; denn das kann doch nur als Bevollmächtigung des Dritten gedacht sein, da der Vertreter ja als bevollmächtigt bereits vorausgesetzt wird. So erhalten wir einen doppelten Sinn von Bevollmächtigung, während die Einheitlichkeit des Begriffes wünschenswerth wäre.

§ 123.

Die Vorschrift des Abs. 2 kann selbstverständlich von dem Standpunkte aus, der die Vornahme des Rechtsgeschäfts dem Vertretenen zuschreibt, nicht gerechtfertigt werden; denn danach ist der Vertragsschluß mit einem vollmachtlosen Vertreter nicht mehr als eine Vertragsofferte an den Vertretenen*), muß also ebenso wie diese widerruflich sein. Aber auch wenn man den Standpunkt des Entwurfes theilt, den Vertrag mit dem vollmachtlosen Vertreter mithin als perfekt ansieht, ist nicht zu verstehen, weshalb durch contrarius consensus der Kontrahenten dieser Vertrag nicht solle aufgehoben werden können.

§ 125.

Daß der vollmachtlose Vertreter, der auf den Mangel der Bevollmächtigung den anderen Kontrahenten nicht aufmerksam gemacht hat, für diesen Mangel einstehen muß, ist in Ordnung. Aber es ist

*) Vgl. Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. S. 124 Nr. 2.

andererseits eine unbillige Begünstigung des anderen Kontrahenten, wenn man ihm den Anspruch auf Erfüllung oder den auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zur Wahl stellt. Zunächst kann er doch wohl billigerweise nichts anderes verlangen, als so behandelt zu werden, wie er es bei Vorhandensein der Vollmacht zu gewärtigen hatte. Daß er unter Umständen die sofortige Leistung des Erfüllungsinteresses vorziehen könnte, mag man den Motiven (I S. 244) zugeben, eine Begründung, weshalb ihm dieses Verlangen zugebilligt werden soll, ist zu vermissen.

Zehnter Titel.

Bedingung und Befristung.

In diesem Titel sind völlig überflüssig und rein doktrinär die

§§ 131 und 140.

Was zunächst den § 131 betrifft, so liegt sein Inhalt schon in den §§ 128 und 129; der Satz des § 140 aber würde nur verkannt werden können, wenn eine gegentheilige gesetzliche Bestimmung Aufnahme gefunden hätte.

Nothwendiger wäre gewesen, den Begriff der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung zu geben. Denn wenngleich eine Volksthümlichkeit des Gesetzbuchs in dem Sinne nicht erreichbar ist, daß jeder Laie die Rechtssätze wie ein Feuilleton versteht, so darf doch verlangt werden, daß ihm die Rechtssätze in einer Form geboten werden, die ihm ihr Verständniß möglich macht, ohne daß er sich erst in dem Wörterbuch der technischen Ausdrücke Raths erholt, welche auf einer in ihrer Geltung zu beseitigenden Grundlage beruhen.

Man wird aber nicht behaupten können, daß dem Laien die Begriffe: aufschiebende und auflösende Bedingung ohne juristische Unterweisung zum Verständnisse gelangen können.

§ 133.

Abs. 2 ließe sich weit einfacher so fassen:

„Wird .... eröffnet, so gilt der Gemeinschuldner als zur Sicherheitsleistung verpflichtet."

Abs. 4 ist überflüssig oder doch unzweckmäßig redigirt. Ueberflüssig deshalb, weil Niemand auf den Gedanken kommen könnte, daß die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen sich nach anderen als den Vorschriften der C. P. O. bestimme, wenn anderweitige Be-

stimmungen über Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen nicht bestehen. Unzweckmäßig redigirt, wenn damit gesagt sein soll, daß die Bedingtheit eines Rechts die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung nicht ausschließt.

§ 134.

Für den Inhalt dieses Paragraphen wäre folgende einfachere und verständlichere Fassung vorzuschlagen:

„Für den Fall der Erfüllung der Bedingung haftet der bedingt Verpflichtete wegen der während des Schwebens der Bedingung vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Vereitelung oder Beeinträchtigung des bedingten Rechtes ebenso, wie wenn das Rechtsgeschäft unbedingt errichtet worden wäre."

§ 138.

Eine „Handlung, deren Vornahme von der Willkür des Verpflichteten abhängt" und „bloßes Wollen des Verpflichteten", sind keine rechten Gegensätze. Gemeint ist der Gegensatz zwischen „Handlung, deren Vornahme .... abhängt" und „bloßem Wollen des Verpflichtetseins".

Der Erfüllungsort.

Von Rechtsanwalt Dr. C. F. Reatz in Gießen.

A. Einleitung.

I. Aeußere Gestalt des Entwurfs.

§ 1.

Der Entwurf hat die Lehre vom Erfüllungsort oder, wie er denselben nennt, Leistungsort[1], im Titel vom Inhalt der Schuldverhältnisse unter dem Gesichtspunkt der Verpflichtung zur Leistung in den §§ 229 und 230 prinzipiell zu regeln versucht, und sodann im Abschnitt von den Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden bei einzelnen Verträgen (Schenkung § 446, und Hinterlegungsvertrag §§ 618, 620), und im Sachenrecht bei der Grundschuld (§ 1139) Sonderbestimmungen bezüglich der Ermittelung des Leistungsorts getroffen[2]. Gegen die Stellung der Lehre im allgemeinen Theile der Schuldverhältnisse ist nichts einzuwenden. Dagegen sind Bestimmungen über den Leistungsort beim Schenkungs- und Hinterlegungsvertrag überhaupt überflüssig, weil sich derselbe aus einer richtig formulirten Regel schon von selbst ergeben muß, und weil nach dem vom Entwurf aufgestellten Prinzipe, wonach in Ermangelung einer durch Gesetz, Rechtsgeschäft oder Beschaffenheit der Leistung erfolgenden Bestimmung des Erfüllungsorts dieser durch „die Natur des Schuldverhältnisses" bestimmt wird, ein Zweifel über den Erfüllungsort gerade bei diesen Verträgen am allerwenigsten auf-

[1]) Im § 466 nennt er ihn ausnahmsweise den Ort der Erfüllung, und im § 446 spricht er von dem Orte, wo das Schenkungsversprechen zu erfüllen sei.

[2]) § 285 behandelt die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung bei Forderungen mit verschiedenen Leistungsorten.

kommen kann. Solche Sonderbestimmungen können nur verwirrend wirken, weil man nicht weiß, ob sie Anwendungen oder Ausnahmen von der im § 229 gegebenen Regel sein sollen. Wenn beispielsweise der Entwurf im § 446 sagt, das Schenkungsversprechen sei im Zweifel an dem Orte zu erfüllen, an welchem der Schenker zur Erfüllungszeit seinen Wohnsitz habe, so sollte man denken, dies ergebe sich „aus der Natur" der Schenkung. Von den Motiven werden wir aber belehrt, daß diese Sonderbestimmung mit der „Natur dieses Schuldverhältnisses" gar nichts zu thun hat, daß sie vielmehr nur eine Ausnahme der subsidiären Bestimmung des § 230 sei, wonach der Schuldner, falls sich ein Leistungsort aus der Natur des Schuldverhältnisses nicht ergebe, an dem Orte zu leisten habe, an welchem er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Damit ist doch geradezu negirt, daß das Schenkungsversprechen ein Schuldverhältniß erzeuge, aus dessen Natur auf einen bestimmten Erfüllungsort geschlossen werden könne. Ist aber nicht einmal Schenkung hierzu geeignet, so möchte doch wohl kaum ein anderes hierzu geeignetes Schuldverhältniß gefunden werden können, und man würde sich dann sagen müssen, daß die ganze Vorschrift über die Natur des Schuldverhältnisses als Bestimmungsgrund des Erfüllungsorts jede praktische Brauchbarkeit entbehre. Diese Betrachtung läßt es angezeigt erscheinen, die vom Entwurf über die Bestimmung des Erfüllungsorts aufzustellende Regel nicht in verschiedenen Abschnitten zu zersplittern, sondern ganz und voll in dem gewählten Titel vom Inhalt der Schuldverhältnisse zu geben.

Ueber den Erfüllungsort der Grundschuld (§ 1139) und namentlich über die Nothwendigkeit oder Räthlichkeit einer Abweichung von der allgemeinen Regel des Erfüllungsorts mögen sich diejenigen Herren Kollegen aussprechen, welche die Begutachtung des Sachenrechts übernommen haben.

Der Entwurf hat die Lehre vom Leistungsorte in folgenden wenigen Sätzen gegeben.

§ 229.

„Ist der Ort, an welchem die Leistung zu bewirken ist, weder durch Gesetz oder Rechtsgeschäft noch durch die Beschaffenheit der Leistung bestimmt, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, welcher der Natur des Schuldverhältnisses und dem muthmaßlichen Willen der Betheiligten entspricht."

§ 230.

„Läßt der Leistungsort sich auf Grund des § 229 nicht bestimmen, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, an welchem er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

Besteht die Leistung in einer Geldzahlung, so hat der Schuldner an dem Orte zu zahlen, an welchem der Gläubiger zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Im Falle der Aenderung des Wohnsitzes des Gläubigers hat der Schuldner das Geld dem Gläubiger auf dessen Gefahr und Kosten nach dem gegenwärtigen Wohnsitze zu übersenden."

Die Sprache des Entwurfs ist, wenngleich in § 230 etwas breit, doch fließend, und das Gesagte, abgesehen von dem Hinweis auf die Natur des Schuldverhältnisses und den muthmaßlichen Willen der Betheiligten, durchaus verständlich. Aber diese beiden Ausdrücke des § 229 sind, so lange sie nicht vom Gesetze selbst eine hinlängliche Erläuterung erfahren, für die Praxis gefährlich, indem sie bei ihrer großen Unbestimmtheit zu irrigen Resultaten oder zu voreiliger Anwendung der subsidiären Vorschriften des § 230 verleiten. Auch die Motive haben in dieser Hinsicht die erforderliche Aufklärung nicht gegeben.

Der Entwurf hat sich in einigen Beziehungen der handelsrechtlichen Lehre vom Erfüllungsort (Art. 324, 325 H. G. B.) angeschlossen, in andern ist er weiter gegangen und wieder in andern hat er sich ablehnend gegen sie verhalten. Er beruht zum Theil auf gemeinrechtlicher Doktrin, und hat Partikulargesetze und Gesetzesentwürfe in Betracht gezogen. Ich werde nur das Gemeine und das Handelsrecht berücksichtigen; die beiden andern Stützpunkte des Entwurfs, die in den Motiven angezogen sind, gewähren keine rechte Ausbeute.

II. Das bisherige Recht.

1. Das Gemeine Recht.

§ 2.

Die gemeinrechtliche Lehre vom Erfüllungsort hat ihre Grundlage im Römischen Rechte. In diesem hat mehrere Jahrhunderte hindurch eine geschichtliche Entwickelung der Lehre stattgefunden, einen vollkommenen Abschluß in demselben aber hat sie nicht erreicht. Es kann selbstverständlich nicht die Absicht sein, hier eine Darstellung

dieser römisch-rechtlichen Lehre zu geben, und die von der Doktrin gefundenen Resultate an der Hand der Quellen einer Prüfung zu unterziehen; unsere Aufgabe ist vielmehr die, ein Recht schaffen zu helfen, das unsern heutigen Rechtsanschauungen und den Bedürfnissen des heutigen Forderungsverkehrs entspricht, unbekümmert darum, wie es bei unseren Vorfahren beschaffen war. Allerdings wird eine wissenschaftliche Darstellung und Begründung der heutigen Rechtsanschauungen und Verkehrsbedürfnisse zu dem erfreulichen Resultate führen, daß wir uns der Hauptsache nach mit den im großen und kleinen Verkehr des römischen Volkes zum Bewußtsein gelangten Rechtsanschauungen in voller Uebereinstimmung befinden, allein es soll und darf doch bei unsern Untersuchungen kein römisch-rechtlicher Satz auch nur die geringste Autorität ausüben.

In der Doktrin besteht eine allgemeine Uebereinstimmung dahin, daß der Erfüllungsort mit Naturnothwendigkeit durch die Lage einer unbeweglichen Sache, im Uebrigen durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung bestimmt werden könne. Alles Uebrige ist bestritten. Das große streitige Material interessirt uns indessen nur insofern, als wir prüfen müssen, ob und in welchem Maße die verschiedenen Ansichten der Schriftsteller unseren heutigen Rechtsanschauungen und dem Bedürfniß des heutigen Verkehrs entsprechen. Daß eine oder die andere Ansicht im Rechtsbewußtsein unseres Volkes so tiefe Wurzeln gefaßt habe, daß wir lediglich auf Grund dieser Autorität von einer solchen Prüfung absehen müßten, davon kann keine Rede sein.

Die hauptsächlichsten Lehren der neueren Zeit sind etwa folgende:

1. Der Mangel einer Bestimmung über den Ort kann unter Umständen die Leistung völlig unbestimmt und die Obligation selbst ungültig machen, umgekehrt kann die Beschaffenheit der Leistung selbst den Ort stillschweigend geben. Ist keines von beiden der Fall, so ist der Ort der Klage der Ort der Erfüllung, nur geschieht die Herbeischaffung bei Forderungen auf individuell bestimmte Sachen, wenn sie sich ohne Dolus des Schuldners an einem andern Ort befinden, auf Gefahr und Kosten des Klägers. Will aber der Schuldner ohne Klage erfüllen, so muß er es natürlich bei dem Gläubiger thun.[3]

2. Ist der Erfüllungsort nicht bestimmt, so kann der Schuldner leisten, wo er den Gläubiger antrifft, nur nicht gerade an einem

[3]) Puchta, Pand. § 246.

offenbar unpassenden Orte, und muß da leisten, wo er mit wirksamer Klage darauf belangt wird. Wenn jedoch eine bestimmte Sache (species) Gegenstand der Forderung ist, und diese ohne Unredlichkeit und Verschulden des Verpflichteten an einem anderen Orte sich befindet, so hat Kosten und Gefahr ihrer Herbeischaffung der Gläubiger zu tragen[4].

3. Ist ein festbestimmter Erfüllungsort nicht vorhanden, so ist zu untersuchen, an welchem Orte von den Parteien die Erfüllung gedacht und erwartet sein möge (stillschweigende Feststellung des Erfüllungsorts).

a) Bei Obligationen, welche aus einer fortgesetzten, zusammenhängenden, stets einen längeren Zeitraum erfüllenden, und zugleich mit einer bestimmten Oertlichkeit in Verbindung stehenden Thätigkeit entspringen — Geschäftsführung (wie Tutel, Curatel, Besorgung der Geschäfte eines Andern, Bank- und Kommissionsgeschäft) — ist die Erwartung der Parteien darauf gerichtet, daß am Ort der Geschäftsführung erfüllt werde.

b) Tritt der Schuldner an seinem Wohnsitze in eine Obligation ein, so erregt er die Erwartung, daß er auch da erfüllen werde.

c) Auch außerhalb seines Wohnsitzes kann Jemand in eine Obligation eintreten unter solchen Umständen, welche die natürliche Erwartung erregen, daß der Entstehungsort der Obligation zugleich ihr Erfüllungsort sein werde. In Ermangelung solcher Umstände wird der Wohnsitz des Schuldners als Erfüllungsort gedacht[5].

4. Ist ein Erfüllungsort nicht bestimmt, so gilt zwar die Regel, daß die Erfüllung an jedem den Umständen nach für schicklich und geeignet zu betrachtenden Orte geschehen kann, aber mit folgenden Bestimmungen:

a) Die Umstände und die Natur oder der Gegenstand der Leistung können eine Bestimmung des Ortes derselben stillschweigend enthalten, oder als vorausgesetzt erscheinen lassen. Zum größten Theil ist das von thatsächlicher Natur, und also in Streitfällen Sache der Auslegung der Verträge und des Willens im Besonderen. Auf positiver Vorschrift aber beruht es, daß, wenn an einem gewissen Orte lagernde fungible Sachen Gegenstand einer Leistung werden, deren Erfüllung durch die Uebergabe an diesem Orte vorausgesetzt ist.

---

4) Arndts, Pand. (in den früheren Auflagen). § 221.

5) Savigny, System. Bd. 8. S. 210 ff.

b) Die Befugniß des Schuldners, nach dieser Regel zu erfüllen, dauert nur so lange, als er sich nicht darauf verklagen läßt, sonst ist der Ort der Klage der der Erfüllung. Sind aber bestimmte Sachen deren Gegenstand, welche sich ohne eine dabei thätig gewesene Arglist des Schuldners nicht an diesem Orte befinden, so können sie da, wo sie zur Zeit der Erhebung der Klage sind, geleistet werden, doch kann der Kläger verlangen, daß deren Lieferung am Orte der Klage geschehe, wenn er die Kosten der Herbeischaffung und die dabei stattfindende Gefahr übernehmen will.

Ob im Allgemeinen der Schuldner den schuldigen Gegenstand dem Gläubiger zu bringen, oder letzterer ihn von jenem abzuholen habe, ist zu beantworten nicht möglich[6]).

5. Ist der Erfüllungsort weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt, so wird er bestimmt durch die rechtliche und thatsächliche Natur der Obligation. Hierbei gilt die Regel, daß bei denjenigen Obligationen, welche nur einem ihrer Subjekte einen Vortheil gewähren, die Erfüllung an dem Orte stattfinden soll, an welchem sie ohne weitere Nachtheile für das belastete Subjekt geschehen kann. Eine Folge hiervon ist, daß bei Obligationen lediglich zum Vortheil des Gläubigers der Schuldner nur da zu leisten braucht, wo er ohne weiteren Nachtheil (ohne besondere Opfer zu bringen) leisten kann, und bei Obligationen lediglich zum Vortheil des Schuldners der Gläubiger die Leistung nur an dem Orte anzunehmen braucht, wo er sie ohne weiteren Nachtheil annehmen kann. Bei Obligationen zum Vortheil beider Theile hat jeder Schuldner nur bei sich zu erfüllen; er braucht nicht zu bringen, sondern der Gläubiger muß holen, und bei Obligationen, welche keinem Theile einen Vortheil gewähren, hat, je nachdem Schadensersatz oder nur Herausgabe der Bereicherung gefordert wird, der Schuldner beim Gläubiger bezw. bei sich zu erfüllen. Unter gewissen Umständen ist der Schuldner zum Schicken verpflichtet[7]).

[6]) Sintenis, Civilrecht. Bd. 2. § 92.

[7]) Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsort (1862). Reatz, Das Gemeine Deutsche Civilrecht. Bd. 2. Obl. R. § 121 ff. — Der obige Text giebt nur eine summarische Uebersicht der Regeln. Einzelnes, Anwendungen auf die einzelnen Schuldverhältnisse und Modifikationen finden sich in den erwähnten Schriften. — Im Wesentlichen ist diesen Prinzipien beigetreten Arndts, Pand. § 721 in den Auflagen nach 1862. Mehrfach einverstanden Burchard, Zur Lehre vom Erfüllungsorte. 1880.

6. Ist ein Leistungsort nicht bestimmt, so ist

a) der Schuldner verpflichtet zu leisten an jedem Ort, an welchem im Fall der Weigerung der Gläubiger gegen ihn eine Verurtheilung zu erlangen vermag und wirklich erlangt. Diese Regel erleidet jedoch Ausnahmen.

aa) Wenn die Forderung auf Uebergabe oder Vorweisung einer individuell bestimmten Sache oder Quantität gerichtet ist, so braucht der Schuldner nur an dem Orte zu leisten, wo der Leistungsgegenstand sich befindet, jedoch mit der doppelten Maßgabe, einmal, daß dieser Vortheil ihm nicht zu Gute kommt, wenn er den Leistungsgegenstand unredlicherweise an einen andern Ort gebracht hat, und sodann, daß er jedenfalls genöthigt werden kann, den Leistungsgegenstand, wenn der Gläubiger es verlangt, auf dessen Gefahr und Kosten an denjenigen Ort zu schaffen, an welchem der Gläubiger ihn gemäß der Regel fordern kann.

bb) Vermächtnisse brauchen nur an dem Orte ausgezahlt zu werden, wo sich der größere Theil der Erbschaft befindet.

Was die Berechtigung des Schuldners angeht, sich, wenn ein Leistungsort nicht festgesetzt ist, durch Leistung an einem bestimmten Ort zu befreien, so darf der Schuldner, wenn er das zu Leistende dem Gläubiger zu bringen hat, an jedem Orte leisten, wo er den Gläubiger findet, vorausgesetzt, daß der Ort kein unpassender ist; hat der Gläubiger zu holen, so darf der Schuldner an seinem Wohnort leisten[8]).

7. Bei Obligationen auf Lieferung individuell bestimmter Sachen wird der Erfüllungsort in folgender Weise bestimmt:

a) Bei gegenseitigen Obligationen ist er der Ort, an welchem sich die geschuldete (z. B. verkaufte) Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses befand. Doch kann der Gläubiger die an einen andern Ort gerathene Sache auch hier verlangen, und wenn der Schuldner die Sache dolos verschleppt hat, steigert sich das Recht des Gläubigers dahin, daß er Erfüllung überall verlangen kann, wo er den Schuldner vor einem competenten Richter belangt.

b) Wenn die Verpflichtung des Schuldners darin besteht, die geschuldete Sache so wie sie im Augenblick der Entstehung der Obligation ist, dem Gläubiger lediglich zu überlassen, so ist der Erfüllungsort da, wo sich die Sache im Augenblick der Entstehung der Obli-

[8]) Windscheid, Pand. Bd. II § 782.

gation befindet. Doch hat der Gläubiger auch hier das sub a erwähnte Nebenrecht (Legat und Schenkung).

c) Steht die geschuldete Sache unter einstweiliger Verwaltung des Schuldners, so ist ihr ordnungsmäßiger Aufenthaltsort Erfüllungsort. Auch hier hat der Gläubiger das erwähnte Nebenrecht.

d) Aus Delikt geschuldete Sachen können nach Wahl des Gläubigers überall gefordert werden, wo ein Gerichtsstand gegen den Schuldner begründet ist.

e) In allen übrigen Fällen kann der Gläubiger die Lieferung nur da verlangen, wo sich die geschuldete Sache befindet. Bei doloser Verschleppung hat der Gläubiger unter den Gerichtsständen des Schuldners die Wahl.

Zu diesen fünf Regeln kommen noch zwei Clauseln. Schuldet der Schuldner die Sache an einem von seiner Disposition unabhängigen Orte und gelangt sie ohne seine Schuld an einen anderen Ort, so bleibt ersterer immer noch Erfüllungsort; für den Schuldner schlechthin, für den Gläubiger wahlweise, doch braucht der Schuldner die Kosten des Transports nicht zu tragen. Ist der Aufenthaltsort von der Disposition des Schuldners abhängig, und jener für den Erfüllungsort maßgebend, so ist ausschließlich derjenige Ort Erfüllungsort, an dem sich die Sache nach Anordnung des Schuldners befindet.

Werden Quantitäten oder Sachen aus einer größeren individuell bestimmten Masse geschuldet, so sollen dieselben nach Analogie der individuell bestimmten Sachen behandelt werden. Für alle übrigen Obligationen gilt: Der Schuldner kann Leistung überall anbieten, nur nicht loco inopportuno. Der Gläubiger kann überall da Erfüllung verlangen, wo ein Gerichtsstand gegen den Schuldner begründet ist[9].

8. Fehlt es an einer Bestimmung des Erfüllungsorts, so muß überall erfüllt werden, wo man angefordert wird, und überall darf man anfordern, wo man den Schuldner trifft; überall darf man auch leisten, wo man den Gläubiger trifft, Alles mit der Schranke der Schicklichkeit. Individuell bestimmte Sachen werden da geleistet, wo man die Sache trifft. Arglistige Veränderung der Sachlage befreit den Gläubiger vom Ort der Sache, er kann diese überall verlangen, wo er den Schuldner trifft oder verklagt[10].

[9]) Schulin, Zur Lehre vom Erfüllungsort. 1879.

[10]) Brinz, Pand. Bd. 2. S. 451 ff.

9. Ist der Erfüllungsort nicht fixirt, so kann der Schuldner an jedem nicht unpassenden Orte leisten, also namentlich an seinem Wohnorte. Findet sich der Gläubiger auf Auffordern des Schuldners an dem von diesem erwählten tauglichen Leistungsorte nicht ein, so kommt er in Verzug. Der Gläubiger seinerseits kann den Erfüllungsort, wenn der Schuldner nicht leistet, in Gestalt des Klageortes dadurch fixiren, daß er in einem Gerichtsstand des Schuldners Klage erhebt. Diese Sätze sind nicht für den Fall bestimmt, daß es sich um eine Lieferung oder Herausgabe einer bestimmten Sache handelt. Denn sie hat regelrecht da zu geschehen, wo sie sich — und zwar ohne Verschulden des Schuldners — gerade befindet[11]).

2. Das Handelsrecht.

§ 3.

Das Handelsgesetzbuch hat Bestimmungen getroffen über den Erfüllungsort im Allgemeinen und beim Kauf insbesondere. Nach Art. 324 muß die Erfüllung des Handelsgeschäfts an dem Ort geschehen, welcher im Vertrage bestimmt oder nach der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Kontrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so hat der Verpflichtete an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Wenn jedoch eine bestimmte Sache übergeben werden soll, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Kontrahenten an einem andern Orte befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte. Bei Geldzahlungen (Art. 325), mit Ausnahme der Auszahlung von indossablen oder auf Inhaber lautenden Papieren, ist der Schuldner verpflichtet, wenn nicht ein anderes aus dem Vertrage oder aus der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Kontrahenten hervorgeht, auf seine Gefahr und Kosten die Zahlung dem Gläubiger an dem Ort zu übermachen, an welchem der letztere zur Zeit der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Durch diese Bestimmung wird jedoch der gesetzliche Erfüllungsort des Schuldners (Art. 324) in Betreff des Gerichtsstandes oder in sonstiger Beziehung nicht geändert.

Bei Kaufe heißt es in Art. 342: Hinsichtlich des Orts der Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verkäufers und des Käufers

[11]) Dernburg, Pand. Bd. 2. S. 90 f.

kommen die Bestimmungen des Art. 324 Abs. 1 zur Anwendung. Die Uebergabe der Waare geschieht, wenn aus diesen Bestimmungen sich nicht ein anderes ergiebt, an dem Orte, wo der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Wenn jedoch eine bestimmte Sache verkauft ist, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Kontrahenten an einen andern Ort befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte. Der Kaufpreis ist bei der Uebergabe zu entrichten, sofern nicht ein anderes durch die Natur des Geschäfts bedingt oder durch Vertrag oder Handelsgebrauch bestimmt ist. Im Uebrigen kommt die Bestimmung des Art. 325 auch in Bezug auf diese Zahlung zur Anwendung[12]).

III. Bestimmungsgründe des Erfüllungsorts.

1. Allgemeines.

§ 4.

Unsere Hauptthätigkeit gilt der Aufsuchung und Begründung eines Erfüllungsorts für diejenigen Fälle von Schuldverhältnissen, in welchen weder durch die Unbeweglichkeit des Leistungsgegenstandes, noch durch die maßgebende Willenserklärung von Seiten der Betheiligten ein Erfüllungsort bestimmt ist. Zunächst aber ist die Vorfrage zu untersuchen, ob denn das Gesetz überhaupt nöthig hat, dieserhalb Bestimmungen zu treffen, oder dem Richter zu empfehlen, im Einzelfall wissenschaftliche Untersuchungen über die Natur des concreten Schuldverhältnisses anzustellen, um hieraus zu einem bestimmten Erfüllungsorte zu gelangen. Wenn man auch nicht geneigt sein wird, der Unbestimmtheit des Erfüllungsorts die Wirkung der Unausführbarkeit eines Vertrags beizulegen, so hat doch, wie die Erfahrung lehrt, die Ansicht Vertreter gefunden, daß man die Findung des Erfüllungsorts getrost den am Schuldverhältniß Betheiligten überlassen könne, indem sich derselbe einfach schon durch den Rechtssatz ergebe, daß beim Anfordern der Leistung durch den Gläubiger der Schuldner zur sofortigen Leistung, und beim Anbieten der Leistung durch den Schuldner der Gläubiger zur sofortigen Annahme derselben verpflichtet sei, und

[12]) Sowohl das Reichs-Ober-Handelsgericht, wie das Reichsgericht haben die handelsrechtliche Lehre vom Erfüllungsorte in vielfacher Hinsicht auszubauen und festzustellen gesucht. Es ist indessen hier nicht geboten, auf die höchstrichterliche Rechtsprechung des Näheren einzugehen, weil unsere Untersuchung sich vorzugsweise mit dem bürgerlichen Rechte zu beschäftigen hat.

daß folglich der Schuldner da erfüllen müsse, wo der Gläubiger ihn persönlich antreffe und von ihm fordere, und der Gläubiger da annehmen müsse, wo ihm der Schuldner persönlich die Leistung anbiete. Zur Unterstützung dieser Ansicht könnte man sich auf die Analogie der Erfüllungszeit berufen, da ja auch im Falle unbestimmt gelassener Erfüllungszeit der Gläubiger jederzeit fordern und der Schuldner jederzeit anbieten könne. Allein Erfüllungszeit und Erfüllungsort sind doch wesentlich verschiedene Dinge. Es ist ein großer Unterschied, ob sich der Schuldner zu jeder Zeit, oder ob er sich an jedem Orte zur Erfüllung bereit halten muß. Dort bedarf er nur der Bereitstellung einer Leistung, hier müßte er so viele Leistungen bereit halten, als es Orte giebt, an denen er sich einmal vom Gläubiger betreten ließe. Jene Ansicht von der Abhängigkeit des Erfüllungsorts vom persönlichen Zusammentreffen des Gläubigers und Schuldners ist, selbst abgesehen von dem dadurch indicirten Versteckenspielen des Schuldners, im Leben ganz unausführbar. Dies haben ihre Vertreter denn auch gefühlt und das Prinzip dahin eingeschränkt, daß nur nicht an einem ganz ungeeigneten Orte (inopportuno loco) gefordert und angeboten werden dürfe. Damit ist aber das Prinzip entweder völlig unbrauchbar gemacht oder völlig umgestoßen. Denn wenn man das persönliche Fordern des Gläubigers an einem nicht ungeeigneten Orte verlangt, so wird sich der Gläubiger auf die Jagd nach dem Schuldner begeben müssen, und dieser wird alle einigermaßen geeigneten Orte zu vermeiden suchen. Verlangt man aber nicht die persönliche Anwesenheit beider an einem Orte, verlangt man vielmehr blos die Erfüllung des Schuldners an einem ihm geeigneten Orte, so legt man eben auf den Forderungsort keinen Werth mehr. Dann aber wird die Wahl des Erfüllungsorts auf einen sehr kleinen Kreis von Orten beschränkt, indem nach der Auffassung des Verkehrslebens nur sehr wenige Orte als zur Leistung des Schuldners und zur Annahme derselben durch den Gläubiger geeignet sich erweisen. Man braucht, um das Ungeeignete einer Oertlichkeit zu empfinden, nicht gerade an sehr grobe Beispiele einer Leistung zu denken, wie etwa, daß ein Gläubiger von seinem Schuldner, mit dem er auf einer Vergnügungsreise in einem fremden Lande zusammentrifft, die Rückzahlung eines Darlehns von einigen Tausend Mark verlangt, man denke nur daran, daß die Rückzahlung eines, das gewöhnliche Taschengeld überschreitenden Betrags eines Darlehns bei gelegentlichem Zusammensein in einem Wirthshause des gemeinschaftlichen Wohnorts

gefordert wird, ja dieser Ort ist, wie viele andere, ein für die Erhebung von Forderungen oder das Anbieten von geschuldeten Geldzahlungen mit Ausstellung von Quittungen und Notizen über Zahlungsempfänge höchst ungeeigneter Ort. Bei näherem Nachdenken wird man sich überzeugen, daß nur die Wohnung oder das Kassenlokal des Gläubigers oder Schuldners Orte sind, die sich zur Vornahme solcher Rechtsgeschäfte eignen.

Die Vorfrage wird somit im Interesse der Ordnung im Verkehrsleben dahin zu entscheiden sein, daß das Gesetz selbst die Momente der Bestimmbarkeit des Erfüllungsorts der Schuldverhältnisse bezeichne. Da der Ort der Leistung ein Bestandtheil derselben ist, oder doch jedenfalls zum Inhalt eines Schuldverhältnisses gehört, so fragt es sich, ob wohl die von der Bestimmung eines unbestimmt gelassenen Bestandtheils der Leistung oder Theils des Inhalts eines Schuldverhältnisses geltenden Rechtsregeln auch zur Bestimmung des unbestimmt gelassenen Erfüllungsorts verwendet werden können. Hierbei muß nun augenscheinlich zunächst davon abgesehen werden, die nachträgliche Bestimmung des Erfüllungsorts dem billigen Ermessen oder gar der Willkür eines der Betheiligten, des Gläubigers oder Schuldners, oder eines Dritten zu überlassen. Wollte das Gesetz diese Bestimmung dem richterlichen Ermessen überlassen, so würde damit zwar ein gewisses Maß von, der Gerechtigkeit entsprechender Bestimmtheit erreicht, allein einestheils wüßten die Betheiligten vor Anrufung richterlicher Hülfe nicht, wo zu erfüllen sei, und anderntheils müßte das Gesetz doch ein ausreichendes Maß von Thatsachen und Umständen geben, worauf sich das richterliche Ermessen stützen solle. Denn mit dem bloßen Rechtssatze: „Im Falle unbestimmt gelassenen Erfüllungsorts hat das Gericht denselben nach billigem Ermessen zu bestimmen," kann man gar nichts anfangen. Auf bloße Thatsachen und thatsächliche Umstände kann sich aber das richterliche Ermessen auch nicht gründen, es müssen rechtliche Gesichtspunkte aufgesucht werden, welche den Richter im Gewirre der Thatsachen zu leiten im Stande sind. Diese zu suchen und zu finden, kann dem Richter nicht überlassen werden, sie müssen, soweit es überhaupt möglich ist, vom Gesetz bezeichnet werden. Der bisherige, so sehr verworrene Stand unserer Lehre in der Doktrin und Praxis ist ein sprechender Beweis dafür, wie nothwendig es ist, daß das Gesetz hier Klarheit schaffe und eingehende und das ganze Gebiet der Lehre umfassende Bestimmungen treffe.

Die Schwierigkeiten, welche sich bei Aufsuchung der Erfüllungsorte der einzelnen Schuldverhältnisse dem Gesetzgeber entgegenstellen, sind übrigens nicht unüberwindlich. Die nothwendige Klarheit ergiebt sich sofort, wenn man zur Erkenntniß des wirthschaftlichen Wesens des Erfüllungsorts überhaupt gelangt, und damit die wirthschaftliche und rechtliche Natur der einzelnen Schuldverhältnisse in Vergleich bringt. Bei der Betrachtung jenes wirthschaftlichen Wesens ergiebt sich, daß es nur wenige Arten von Orten sind, die sich zu Erfüllungsorten überhaupt eignen, und unter denen der Gesetzgeber die Auswahl zu treffen hat, und bei der Betrachtung dieser Natur der Schuldverhältnisse ergeben sich unschwer die rechtlichen Prinzipien, die den Gesetzgeber bei der Auswahl unter diesen Orten leiten müssen. Dabei wird man im großen Ganzen noch zu unterscheiden haben den Inhalt der Schuldverhältnisse, wie er zur Zeit der Entstehung derselben beschaffen war, und den Inhalt, wie er im Laufe des Bestands eines Schuldverhältnisses geworden ist.

2. Das wirthschaftliche Wesen des Erfüllungsorts.

§ 5.

Mit der Zugrundelegung des wirthschaftlichen Wesens des Erfüllungsorts bei der Auswahl desselben in den Fällen des unbestimmt gelassenen Erfüllungsorts führt der Gesetzgeber keineswegs ein neues Moment ein, sondern dasselbe beherrscht überhaupt dieses Rechtsinstitut. Der Erfüllungsort greift in die wirthschaftlichen Interessen der am Schuldverhältniß Betheiligten ein, seine Fixirung regelt deren Bedürfnisse und Interessen. Dies erweist sich zunächst bei den Leistungen, welche eine unbewegliche Sache zum Gegenstande haben, da in vielen Verkehrsfällen nicht die unbewegliche Sache an sich, sondern der Ort ihrer Lage, wie beispielsweise der an einer verkehrsreichen Straße gelegene Bauplatz, den Gegenstand des Hauptinteresses der Betheiligten bildet. Auch die vertragsmäßige Bestimmung eines Erfüllungsortes hat die Regulirung der wirthschaftlichen Interessen der Betheiligten zum Zweck. Der Berliner Käufer von 1 000 Tonnen Weizen, die das verkaufende Haus von New-York nach Berlin senden soll, hat ein sehr wesentliches pekuniäres Interesse daran, daß die Lieferung in Berlin erfolge, und umgekehrt hat dieses ein sehr wesentliches Interesse daran, daß es nur in New-York zu liefern habe, und die Sendung auf Gefahr und Kosten des Käufers nach Berlin erfolge. Kommen Beide überein, daß Berlin Erfüllungs-

ort sei, so werden in dieser Beziehung die Interessen des Käufers vorzugsweise gewahrt, und das verkaufende Haus muß die Wahrung seiner Interessen auf anderem Wege, wie etwa in der Erhöhung des Kaufpreises suchen. Es kann daher nicht befremden, wenn das Gesetz bei unbestimmt gelassenem Erfüllungsort ganz dasselbe thut, wie die Vertragsschließenden, nämlich die wirthschaftlichen Interessen der Betheiligten zu Grunde legt.

Dieses wirthschaftliche Interesse ist nunmehr, soweit als erforderlich, darzustellen, und zwar zunächst bei den Sachleistungen im Allgemeinen, d. h. bei den geschuldeten Uebertragungen körperlicher Gegenstände von Seiten des Schuldners an den Gläubiger, mögen sie zugleich Eigenthum, Besitz, ein dingliches Recht oder den bloßen Gebrauch mitübertragen, oder mögen sie geschuldete Hingaben oder Zurückgaben sein.

Der Ort, wo sich eine Sache befindet oder wo sie übertragen werden soll, an sich betrachtet, d. h. der Raum, den sie ausfüllt oder ausfüllen soll, ist nur ein geometrischer Begriff und hat für sich allein keinen wirthschaftlichen Werth. Wohl aber knüpft sich an ihn und konzentrirt sich um ihn örtlich in mehr oder weniger enger Verbindung eine Reihe von neben einander bestehenden wirthschaftlichen Thatsachen und Umständen. Tritt die Sache in ihn ein, so tritt sie in die Gesammtheit dieser Thatsachen und Umstände ein, durch welche ihr wirthschaftlicher Werth beeinflußt und bestimmt wird. Es verhält sich dies, wie mit der Zeit. Auch die Zeit an sich ist keine wirthschaftliche Kraft, und wenn wir von dem schaffenden, zerstörenden oder lindernden Einflusse der Zeit reden, so ist es nicht die Zeit selbst, sondern die Gesammtheit der in einem gewissen Zeitraume nach einander auftretenden und wirkenden Thatsachen und Umstände, welche wir eigentlich meinen. Spricht man von dem hohen Werth der Lage einer Stadt, eines Wohnhauses, eines Geschäfts-Etablissements, so versteht man darunter die Gesammtheit der Verkehrsthatsachen, die vorzüglich geeignet sind, die Bedürfnisse der Einwohner dieser Stadt, des Eigenthümers des Wohnhauses und des Inhabers des Geschäfts ausreichend, rasch und sicher zu befriedigen. Fragt man: wo befindet sich eine Sache, so heißt dies ins Wirthschaftliche übersetzt: in welchen wirthschaftlichen Verhältnissen und Beziehungen befindet sie sich; und fragt man: wohin soll eine Sache gebracht werden, so heißt dies wirthschaftlich gedacht: in welche Umstände, Verhältnisse und Beziehungen soll sie gebracht werden. Durch diese

lokalisirten wirthschaftlichen Thatsachen allein gewinnt der Ort der Lage einer Sache und der Ort, wohin sie gebracht werden soll, mag nun jener oder dieser der Erfüllungsort sein, ein wirthschaftliches Interesse und nur insofern spricht man von einem wirthschaftlichen (und demnächst von einem rechtlichen) Interesse des Erfüllungsorts. Soll dieser, weil er bei der Begründung des Schuldverhältnisses unbestimmt gelassen worden ist, aufgesucht werden, so müssen die nach der Natur des Schuldverhältnisses maßgebenden wirthschaftlichen Umstände und Beziehungen und diejenigen Oertlichkeiten aufgesucht werden, an welchen diese zur Erscheinung gelangen. Der auf diese Weise gefundene Ort ist dann der obligationsmäßige Erfüllungsort.

Die Bedürfnisse der Menschen, insofern sie überhaupt durch die natürlichen Eigenschaften der beweglichen körperlichen Sachen befriedigt werden können, haben vorzugsweise deren Gebrauch, Nutzung und Verbrauch in ihren außerordentlich mannigfaltigen Formen und Arten zum Gegenstande, und es ist eine sehr einleuchtende Wahrheit, daß diese Bedürfnißbefriedigung nur am Ort der momentanen Lage der Sache stattfinden kann. Gebrauchs-, Nutzungs- und Verbrauchsort fallen mit dem Ort der Lage der Sache, ihrem nackten Aufenthaltsorte zusammen. Betrachtet man diesen Ort in seiner Beziehung zum Willen des Eigenthümers oder ausschließlichen Besitzers der Sache, — und nur mit diesem Verhältniß haben wir es bei der Lehre vom Erfüllungsorte zu thun —, so erblickt man sofort zwei von einander verschiedene Klassen von Aufenthaltsorten einer Sache, denen in unserer Lehre rechtliche Bedeutung zukommt; die eine wird von dem Aufenthaltsort als Bedarfsort, die andere vom zufälligen Aufenthaltsort gebildet. Der Bedarfsort ist der Ort, wo ein in die Erscheinung tretendes Bedürfniß mit dem Willen des Eigenthümers oder Besitzers befriedigt werden soll, und der zufällige Aufenthaltsort der Ort, wo sich die Sache ohne seinen Willen befindet, wohin sie durch ein zufälliges Ereigniß gelangt ist, mag dasselbe ein Elementarereigniß, höhere Gewalt oder die rechtswidrige Handlung eines Dritten oder eines am Schuldverhältniß Betheiligten sein (z. B. ein Schiff wird durch Sturm verschlagen, Waaren werden vom Feinde mit Beschlag belegt, die hinterlegte Sache wird dem Verwahrer gestohlen oder die verliehene Sache vom Entleiher unterschlagen und an einen anderen Ort verbracht).

Beim Bedarfsort ergeben sich zwei Unterabtheilungen. Derselbe ist entweder der Standort einer Sache oder der Ort des vor-

übergehenden Aufenthalts zum Zweck der Befriedigung einzelner Bedürfnisse. Der Standort ist eine wirthschaftliche Nothwendigkeit. Es ist nämlich ein natürliches Bestreben des Menschen, seine Sachen zum Zweck der Befriedigung seiner gesammten Bedürfnisse an denjenigen Ort zu bringen und hier niederzulegen, zu stellen, zu setzen, zu hängen oder zu stecken, wo letztere reell in die Erscheinung treten, und es entspricht seinem wirthschaftlichen Interesse, sie dauernd an diesem Orte ihres Bedarfs zu haben und zu besitzen, und zum Zweck der Bedürfnißbefriedigung gegen äußere oder innere nachtheilige Einflüsse in geeigneter Weise zu bewahren. Würde sie sich während einer konstanten Bedarfszeit an einem anderen Orte befinden, so würde die Bedürfnißbefriedigung darunter leiden, und wäre nur ein zeitweiser Bedarf nöthig, so würde ihr jedesmaliges Zurückbringen an den Bedarfsort mit Arbeit, Mühe, Zeitverlust, Kosten und sonstigen wirthschaftlichen Nachtheilen verbunden sein, die im Interesse einer ordnungsmäßigen Wirthschaft von jedem Besitzer vermieden werden müssen. Daraus ergeben sich die naturgemäßen wirthschaftlichen Standorte der beweglichen Sachen von selbst. So ist der natürliche Standort des beweglichen Zubehörs eines Wohnhauses in diesem oder seinen Nebenräumen, die zum Betrieb der Landwirthschaft gehörenden Geräthe müssen auf dem Gutshofe untergebracht werden, das Mobiliar und der Hausrath einer Familie findet in der Wohnung seine Unterkunft, das Brennholz im Holzstall, das Faß Wein im Keller, der Waarenvorrath des Kaufmanns im Magazin, auf dem Lager oder im Laden, die Gelder und Werthpapiere des Privatmanns in der Wohnung, die des Kaufmanns im Kassenlokal oder Comptoir, kurz, für jede Vermögenssache findet sich ein naturgemäßer Stand- oder Unterkunftsort. Der Besitzer ist es, der diesen ihren Standort bestimmt, wo sie dauernd seinen Bedürfnissen dienen soll. Eine zeitweilige Entfernung derselben von diesem Orte hebt ihren Standort nicht auf, wenn sie nach der Absicht des Besitzers nach Erreichung des mit der zeitweiligen Entfernung verbundenen Zwecks wieder dahin zurückkehren soll. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Besitzer auf eine Vergnügungsreise geht und Kleider, Wäsche und dergleichen mitnimmt, aber auch, wenn er einem Freunde in derselben oder einer entfernten Stadt ein Buch leiht, oder wenn er, auf Reisen gehend, Geld und Werthpapiere beim Banquier deponirt, oder wenn der Lohnkutscher Pferde und Wagen verleiht oder der Rentner Geldkapitalien als Darlehn hinausgiebt. In allen diesen

Fällen hat die Sache gleichsam das natürliche Bestreben, demnächst wieder an ihren Standort zurückzukehren. Mag auch im einzelnen Falle der Besitzer bei der Entfernung seiner Sache von ihrem Standort den Entschluß der Zurückbringung dahin nicht besonders gefaßt haben, so entspricht diese Zurückbringung doch so sehr der ganzen wirthschaftlichen Lage des Besitzers und der bisherigen Gewohnheit des Hinausgebens und Zurückbringens, daß der auf Rückbringung der Sache gerichtete Wille des Besitzers auch im Einzelfall als selbstverständlich erscheint. Es ist dies gerade so, wie beim Wohnsitz des Menschen, welcher aufrecht erhalten wird, auch wenn letzterer auf eine Vergnügungs- oder Geschäftsreise sich begiebt.

Der Besitzer einer Sache kann aber auch ihren Standort verändern oder verlegen, theils indem er sich eine neue Wohnung in derselben oder einer anderen Stadt sucht und seine Habe dahin mitnimmt, theils indem er sie veräußert und dadurch aus dem Kreise seiner Bedürfnißgegenstände ausscheidet. Der ursprüngliche Standort ist aufgegeben in dem Moment, in welchem die Sache in Uebereinstimmung mit der Verlegungsabsicht des Besitzers ihren bisherigen Ort verläßt, und ein neuer Standort ist erst dann begründet, wenn die Sache nach Maßgabe der Absicht des Besitzers bezw. Erwerbers am Bestimmungsorte eingetroffen ist. Bis dahin entbehrt sie eines Standorts, sie befindet sich während dieser Zeit des Transports auf der Reise, und der jeweilige Ort, wo sie sich befindet, ist zwar kein zufälliger Ort, auch nicht Bedarfsort, wohl aber ein vorübergehender Aufenthaltsort von wirthschaftlicher Bedeutung insofern, als er eine Vorstufe für den neuen Standort ist und einen Schutz gegen äußere Gefahren abgeben kann.

Es gibt eine Reihe von Sachen, die, obwohl mit einem bestimmten Standorte versehen, hie und da dazu berufen werden, gewisse an einem bestimmten anderen Orte in die Erscheinung tretende wirthschaftliche Einzelbedürfnisse zu befriedigen, und zu diesem Zwecke an letzteren Ort verbracht werden, hier zeitweise sich aufhalten und nach vollendeter Bedürfnißbefriedigung wieder an ihren Standort zurückgebracht werden sollen. Dies ist der Ort des vorübergehenden Aufenthaltes zum Zweck der Befriedigung einzelner Bedürfnisse. Er ist nicht ein zufälliger Aufenthaltsort, sondern ein wahrer Bedarfsort, unterscheidet sich aber vom Standort der Sache dadurch, daß er der Sache keine bleibende Heimstätte, sondern nur einen zeitweisen Aufenthalt gewährt und daß nicht die Gesammtbedürfnisse des Be-

sitzers, sondern nur einzelne Bedürfnisse an ihm befriedigt werden sollen. Auch dieser Ort hat zwei Unterabtheilungen. Denn die Sache dient an ihrem vorübergehenden Aufenthaltsorte entweder nu dem Interesse des Besitzers, so die auf die Reise mitgenommenen Utensilien, wie Kleidung, Wäsche, Koffer u. s. w., die durch Hinterlegungsvertrag zur Aufbewahrung übergebenen Sachen und Gelder und die durch Auftrags= oder Dienstvertrag zur Ausbesserung hingegebenen Gegenstände, oder sie dient dem Interesse eines Dritten so die zu unentgeltlichem oder entgeltlichem Gebrauch überlassene un die zur Besichtigung mitgetheilte Sache.

Soll eine Sache veräußert werden, für welche der Erwerbe einen Standort bestimmt hat, an welchem er sie zu gebrauchen, z nutzen oder zu verbrauchen gedenkt, so ist dieser Bedarfsort so lang als sie auf der Reise dahin begriffen ist, ihr Bestimmungsor Würde also z. B. ein Kaufvertrag, gleichviel an welchem Orte, übe eine Sache geschlossen, die ihren, beiden Kaufschließenden bekannte Standort in Berlin hat, und die nach der dem Verkäufer bekannte Absicht des Käufers demnächst ihren Standort in Frankfurt habe soll, so ist Frankfurt ihr Bestimmungsort; bis zu ihrem Scheide von Berlin hat sie hier noch ihren Standort, jeder Ort der Reis wo sie sich gerade befindet, ist ihr vorübergehender Aufenthaltso und erst mit ihrer endgültigen Ankunft in Frankfurt wird hier il neuer Standort begründet.

So sehen wir, daß bei Sachleistungen vier Orte für die E füllung eines Schuldverhältnisses für die Betheiligten von Interes sein können, der Standort, der Bestimmungsort, der Ort des vo übergehenden Aufenthalts zum Zweck der Befriedigung einzeln Bedürfnisse und der zufällige Aufenthaltsort der Sache. Ande Orte haben für die Betheiligten kein Interesse, und es hat som das Gesetz bei der Bestimmung des Erfüllungsorts die Auswahl n unter diesen vier zu Erfüllungsorten sich eignenden Orten, und kann insbesondere nicht einen Ort wählen, der für keinen Betheiligt ein Interesse hat.

Nun stößt aber das Gesetz bei seiner Auswahl auf widerstreitend an und für sich gleichberechtigte Interessen der Betheiligten. E liegt, da die möglichste Verhütung von Nachtheilen einer der erst Grundsätze der Privatwirthschaft ist, im wirthschaftlichen Intere Desjenigen, der in Folge eines Rechtsgeschäfts eine Sache hinau zugeben verpflichtet ist, sie nur an ihrem Standorte geben zu müsse

und Desjenigen, der sie zu empfangen berechtigt ist, sie an dem von ihm in Aussicht genommenen Bedarfsorte empfangen zu können. Dies gilt nicht blos von den Geschäften mit definitiver Ausscheidung der Vermögensgegenstände einerseits und definitivem Erwerb derselben andererseits (Kaufgeschäfte), sondern auch von den Hin- und Zurückgabegeschäften. Wer ein Buch zu verleihen verspricht, hat ein wirthschaftliches Interesse daran, daß er es nur an dessen Standort dem Entleiher übergebe (daß also dieser es abhole), und wenn er es geliehen hat, daß es der Entleiher nach gemachtem Gebrauche wieder am Standort zurückgebe (daß also dieser es wieder zurückbringe), während das wirthschaftliche Interesse des Entleihers ein gerade entgegengesetztes ist, nämlich, daß der Verleiher das Buch ihm bringe und nach gemachtem Gebrauche am Gebrauchsorte wieder abhole.

Der Tausch- oder Kaufwerth einer Gattungssache ist bei im Uebrigen gleicher Beschaffenheit erfahrungsmäßig häufig an verschiedenen Orten ein verschiedener. Er kann am Wohnorte oder am Orte der Handelsniederlassung des Schuldners (Standort) höher oder niedriger sein, als am Bedarfsorte des Gläubigers (Bestimmungsort). Diese Verschiedenheit ist die Folge einer Reihe von wirthschaftlichen Umständen, die an beiden Orten nach Zahl und Gewicht verschieden sind. Beispielsweise ist hier im Vergleich zu dort das Bedürfniß nach jener Sache ein allgemeineres und dringlicheres, hier tritt dieselbe Sachgattung nur in geringer, dort in großer Zahl auf, hier sind die Produktionskosten höher wie dort, hier ist in Folge besserer Vermögensverhältnisse des Publikums die Kaufkraft eine allgemeinere und stärkere wie dort, hier herrscht Leichtsinn und Verschwendung, dort Bedächtigkeit und Sparsamkeit, hier ist die Nachfrage größer, das Angebot seltener wie dort, hier bestehen Verkäufer-Verbindungen, Spekulationen, Reklamen und sonstige künstliche Preiserhöhungsmittel, während dort der Verkehr einen ruhigen und natürlichen Verlauf nimmt. Braucht also der Schuldner die geschuldete Gattungssache nur an seinem Wohnorte oder am Ort seiner Handelsniederlassung zu übergeben, so könnte er sie hier mit viel geringeren Kosten anschaffen, als wenn er genöthigt wäre, sie behufs Uebergabe am Bedarfsort des Gläubigers daselbst anzuschaffen, und der Gläubiger würde bei der Lieferung der Sache an seinem Bedarfsorte einen höheren Werth erhalten, als er haben würde, wenn er sie am Wohnort oder an der Handelsniederlassung des Schuldners in Empfang genommen hätte.

Der Transport der geschuldeten Sache von ihrem Standort an den Bedarfsort ist stets mit einem gewissen Aufwand von Mühe, Arbeit, Zeitverlust und Kosten verbunden. Die Größe dieses Aufwandes richtet sich nach Art und Zahl der Widerstände, welche sich im Einzelfall der geplanten Raumüberwindung entgegenstellen, beispielsweise nach Umfang, Gewicht und Widerstandsfähigkeit der Sache, nach Art der Verpackung, nach der Entfernung zwischen beiden Orten, nach der Natur der Transportmittel (Schiffe, Eisenbahnen, Landfuhrwerk, Lastträger u. dgl.), der Häufigkeit der Umladung, nach Zöllen, Abgaben und zahlreichen anderen Thatsachen und Umständen, welche für den Transportanten mit wirthschaftlichen Nachtheilen verbunden sind. Auch in dieser Beziehung sind also die Interessen der Betheiligten entgegengesetzte; es entspricht dem wirthschaftlichen Interesse des Schuldners, die geschuldete Sache an ihrem Standorte zu leisten, während das wirthschaftliche Interesse des Gläubigers ihre Leistung an seinem Bedarfsorte erlangt.

Hat der Schuldner im Einzelfall die Gefahr der geschuldeten Sache bis zu ihrer Uebertragung zu tragen, so gehen alle kasuellen Verluste und Beschädigungen der Sache während des Transports auf seine Rechnung. Neben den Naturereignissen und höheren Gewalten, die je nach dem Grade der Sicherheit oder Unsicherheit der zurückzulegenden Strecken (Meere, Gebirge, Wüsten, Wildnisse und civilisirte Länder, Krieg, Blockade, Räuberwesen, Friede und gute Polizei), spielen die Unredlichkeiten und Fahrlässigkeiten der beim Transport beschäftigten Personen eine große Rolle. Wenngleich in Folge gesetzlicher Bestimmungen gewisse Personen haftbar sind, so giebt es doch eine Menge streitiger Gebiete, auf welchen der Absender im Fall eines Verlustes oder einer Beschädigung zur Ermittelung der Schuld und des Schuldigen viel Zeit, Mühe und Kosten aufwenden muß. Auch hier sind die wirthschaftlichen Interessen der Betheiligten bezüglich des Orts der Leistung entgegengesetzte.

Werden geschuldete Geldsummen versendet oder ist das für die Lieferung der Sache geschuldete Geldäquivalent erst mit Ankunft derselben am Erfüllungsorte fällig, so büßt der Absender den Nutzen und jedenfalls die Zinsen seines Geldes während der ganzen Dauer des Transports der Sache ein.

Die Obligation des Schuldners erlischt nicht schon im Moment der Absendung, sondern erst mit der Empfangnahme der Sache am Erfüllungsorte, mithin verbleiben bis dahin die Bürgschaften und

Pfandrechte in Kraft, und die Konventionalstrafe verfällt bei nicht rechtzeitiger Ankunft der Sache am Erfüllungsort.

Dies sind im Wesentlichen die wirthschaftlichen Nachtheile des Schuldners und Vortheile des Gläubigers, wenn die geschuldete Sache am Bedarfsort des Gläubigers geleistet werden muß, und die wirthschaftlichen Vortheile des Schuldners und Nachtheile des Gläubigers, wenn sie an ihrem Standorte geleistet werden darf. Ihre Gesammtheit als Ganzes bildet das wirthschaftliche Wesen des Erfüllungsorts, und damit ist völlig verträglich, daß einzelne Nachtheile durch Vereinbarung oder Gesetz dem Schuldner abgenommen und dem Gläubiger aufgebürdet werden. Es ist wie beim Eigenthumsbegriff. Der Eigenthümer kann gewisse wirthschaftliche Nutzungen seiner Sache ablösen, als dingliche Rechte bestellen und damit, unbeschadet der Existenz seines Eigenthums, dieses beschränken. So kann auch unbeschadet des Begriffs des Erfüllungsorts der Gläubiger die Kosten des Transports der Sache von ihrem Standort an den Erfüllungsort, wie umgekehrt der Schuldner die Kosten des Transports vom Erfüllungsort an den Bedarfsort des Gläubigers übernehmen[13]).

Auch der Ort, wo geschuldete Dienste geleistet werden oder geleistet werden sollen, hat für sich allein keinen wirthschaftlichen Werth, er erhält einen solchen nur dadurch, daß an ihm eine Reihe von wirthschaftlichen Thatsachen und Umständen bestehen, mit welchen diese Dienste in eine gewisse wirthschaftliche Verbindung treten. Es giebt eine Kategorie von Diensten und körperlichen Arbeiten, welche unmittelbar an unbeweglichen Sachen vorgenommen werden, wie die Errichtung und Ausbesserung von Gebäuden (Maurer-, Zimmer-, Schreiner-, Schlosser-, Dachdecker- u. dergl. Arbeiten), Brücken, Straßen, Wegen, Kanälen, Eisenbahn-Dämmen, Wasserleitungen, oder wie die Kultivirung landwirthschaftlicher Grundstücke (Pflügen, Eggen, Säen, Pflanzen und Fruchtschneiden der Knechte und Taglöhner), eine andere Kategorie von Diensten hat den Charakter einer Bewachung und Sicherung unbeweglicher Sachen gegen Störungen, wie die Dienste der Hausmeister, Portiers, der Wege- und Bahnwärter, wieder eine

---

[13]) Die Konkurrenz im Handelsverkehr bewirkt, daß die Verkäufer häufig franko senden, z. B. einen Waggon Mehl von Pest nach Frankfurt a. M., franko, oder franko Parität Frankfurt a. M.; oder ein Berliner Haus effektuirt Bestellungen im Werth von mehr als 20 Mark nach allen Orten in Deutschland franko.

andere Kategorie ist dem städtischen oder landwirthschaftlichen Haushalt gewidmet (städtisches Gesinde, Köchinnen, Hofgesinde, Wirthschafterin, Verwalter, Knechte und Mägde), eine andere hat lediglich die Bedienung der Person des Dienstherrn, oder seiner Angehörigen zum Gegenstande (Kammerdiener, Krankenwärter, Kindermädchen). Andere Dienstleistungen sind anderen Zwecken gewidmet, wie die der Aerzte, Lehrer, Vermögensverwalter, Anwälte, Notare, des Büreau- und Komptoirpersonals, der Schiffer, Matrosen, Lokomotivführer, Schaffner u. s. w. u. s. w. Bei vielen dieser Kategorien ergiebt sich der Ort der Dienstleistungen aus deren vertragsmäßiger Beschaffenheit von selbst, und es wird nur die Frage praktisch werden können, wie weit die Bestimmung des Leistungsorts dem Ermessen des Dienstherrn anheim gegeben erscheint bzw. welchen Einfluß die Verlegung des Aufenthalts-, Wohn- oder Geschäftsorts des Dienstgläubigers während der Vertragszeit auf den Bestand des Schuldverhältnisses haben soll. So kann insbesondere fraglich werden, ob der Arzt verpflichtet ist, seinen Patienten, der vom Nordostviertel einer großen Stadt in das Südwestviertel verzogen ist, fernerhin zu besuchen, ob der Fabrikarbeiter bei Verlegung der Fabrik an einen erheblich weit entfernten Ort dahin folgen muß, ob die Köchin mit ihrer Dienstherrschaft nach einen andern Ort (von der Stadt aufs Land oder umgekehrt) überziehen, und der Kammerdiener seinen Herrn in fremde Länder begleiten muß. Bei vielen vertragsmäßigen Dienstleistungen ist es aber auch von vornherein unbestimmt gelassen, an welchem Orte sie vorgenommen werden müssen oder können, und ist es daher behufs Bestimmung des Erfüllungsorts nothwendig, die hierbei in Betracht kommenden wirthschaftlichen Interessen der Betheiligten, wenn auch nur in Kürze, zu beleuchten.

Besteht die geschuldete Dienstleistung in der Verwaltung eines Vermögens, welches an einem bestimmten Orte sich befindet, so liegt es meistens im Interesse des Verwalters, daß er den Sitz der Verwaltung an seinem Wohnsitz aufschlage und von hier aus die auf die Verwaltung sich beziehenden Handlungen vornehme, während das Interesse des Auftraggebers meistens die Verlegung des Verwaltungssitzes an den Standort des Vermögens fordert. Hier ist die Aufsicht eine entschieden bessere, die Verwaltung eine billigere, sicherere, energischere und rascher sich vollziehende wie dort, während der Verwalter, falls er von seinem Wohnorte aus die Verwaltung führt, die Kosten eines länger dauernden Aufenthalts am Standorte des

Vermögens erspart, und nebenbei auch noch seine eigenen Angelegenheiten bequem besorgen kann.

Handelt es sich um den Auftrag zum Einkauf einer Gattungssache, so entspricht es dem Interesse des Beauftragten, daß er die Sache an seinem Wohnorte einkaufe; er hat hierbei weniger Arbeit, Mühe und Kosten, als wenn er sie etwa am entfernten Wohnort des Auftraggebers kaufen müßte, während es im Interesse des Auftraggebers liegt, daß die Sache an seinem Wohnorte gekauft werde, weil etwa der Kaufpreis hier ein geringerer ist.

Die Rechnungslegung ist für den Beauftragten an seinem Wohnorte eine bequemere, sicherere und weniger kostspielige als am Wohnorte des Auftraggebers, während dessen Interesse eine Rechnungslegung an seinem Wohnorte erfordert.

Hat ein Maler die Wiederherstellung beschädigter werthvoller Gemälde übernommen, so liegt es in seinem Interesse, die Restaurationsarbeiten im Atelier seines Wohnorts vorzunehmen, während es dem Interesse des Auftraggebers entspricht, daß diese Arbeiten unter seiner Aufsicht in seiner Wohnung stattfinden und er die Kosten und Gefahren eines Transports der Gemälde nicht trage.

Diese Beispiele werden genügen, um den Widerstreit der Interessen der bei geschuldeten Dienstleistungen Betheiligten bezüglich des Orts ihrer Vornahme darzuthun.

Für den Gesetzgeber fragt es sich nun, welchem der widerstreitenden Interessen der Betheiligten er den Vorzug geben, und von welchen Prinzipien er sich bei der Auswahl unter den zur Erfüllung an sich geeigneten Orten leiten lassen soll. Die Antwort hierauf giebt

3. Die rechtliche Natur der Schuldverhältnisse.

§ 6.

Bevor wir uns der wissenschaftlichen Ermittelung des den Erfüllungsort bestimmenden Moments bei solchen Schuldverhältnissen, bei welchen weder durch die Unbeweglichkeit des unmittelbaren oder mittelbaren Gegenstandes der geschuldeten Leistung, noch durch Vereinbarung der Vertragschließenden oder zulässige einseitige Willensbestimmung ein Erfüllungsort gegeben ist, zuwenden, wollen wir uns einmal die Frage vorlegen, ob uns nicht auf Grund unserer allgemeinen, im gewöhnlichen bürgerlichen Rechtsverkehr gemachten Erfahrungen wenigstens bei einzelnen Schuldverhältnissen ein Rechtsgefühl beherrscht,

das uns mit einer gewissen Bestimmtheit sagt, die Leistung kann oder muß an dem oder dem Orte vorgenommen bezw. angeboten werden. Kommen wir hierbei zu gewissen Resultaten, so können dieselben vom Gesetzgeber nicht einfach ignorirt werden. Denn wenn er ein volksthümliches Recht schaffen will, so müssen die auf Erfahrung beruhenden Rechtsanschauungen des gebildeten Laienthums immerhin einen gewissen Werth für ihn haben, theils indem sie mit seinen durch wissenschaftliche Forschung gewonnenen Rechtsanschauungen übereinstimmen (was ihm zur großen Befriedigung gereichen wird), theils indem sie ihm die Kontrole seiner Forschungsmethode und deren Resultate erleichtern. Nun giebt es aber kaum eine andere Lehre im ganzen Privatrechtsgebiete, die vom gesammten Verkehrspublikum, in allen seinen Schichten, ohne Unterschied des Alters und Geschlechts, so häufig und mit so richtigem Verständniß im Verkehre angewendet wird, wie die vom Erfüllungsort, und ich bin der Meinung, daß wenn wir Juristen bei der wissenschaftlichen Ergründung des Erfüllungsorts auf jene Rechtsanschauungen etwas mehr Rücksicht genommen hätten, wir diese Lehre auch mehr gefördert hätten, jedenfalls nicht zu manchen sehr bedenklichen Rechtssätzen gekommen wären.

Schon in früher Jugend werden wir in einem vernünftig-strengen Haushalt an Ordnung und namentlich daran gewöhnt, unsere kleinen Verbindlichkeiten zu richtiger Zeit und am richtigen Orte zu erfüllen. Wenn wir mit des Vaters Erlaubniß aus seinem Bücherschrank ein Buch oder einen sonstigen, dem Haushalt angehörigen Gegenstand zu vorübergehendem Gebrauche von seinem Standorte genommen haben, so werden wir dazu angehalten, diese Sachen nach gemachtem Gebrauche alsbald wieder an ihren Standort (Stell-, Liege- oder Hängeort) zurückzubringen. Es geschieht dies nicht blos, um uns an Ordnung in unsern eigenen Angelegenheiten für jetzt und unsere ganze Zukunft zu gewöhnen, sondern auch, um den andern Familienangehörigen den bestimmungsmäßigen Gebrauch dieser Sachen nicht durch Verlegen und langes Suchenmüssen zu erschweren. Allmälig tritt der Intellekt ein, und wir überzeugen uns, daß die Forderung des Haushalts auf Zurückbringung der zu vorübergehendem Gebrauche entnommenen Sachen eine wohlberechtigte, unsere Verpflichtung zur Zurückbringung eine wohlgeschuldete ist, und eine Zuwiderhandlung gegen diese Pflicht eine Rücksichtslosigkeit gegen die andern Angehörigen des Haushalts wäre. Diese schon in früher Jugend gewonnene Ueberzeugung verläßt uns in unserem ganzen

Leben nicht. Leihen wir uns später von einem Mitschüler ein Buch, so bringen wir es ihm nach gemachtem Gebrauche wieder zurück, und wir haben ganz bestimmt das Bewußtsein einer Rechtswidrigkeit, wenn wir von ihm verlangen wollten, er solle es sich bei uns abholen, und wenn wir dieses Verlangen dennoch stellen wollten, so würde der Freund den Rechtsstandpunkt uns klar zu machen versuchen. Dieselbe Rechtsüberzeugung haben wir, wenn wir aus der Schulbibliothek oder später aus der Universitätsbibliothek unentgeltlich, und wieder später von einem Privatbuchverleiher gegen Entgelt ein Buch entleihen, und wir kommen, wenn wir über diese Sache etwas eingehender nachdenken, zu dem Schlusse, daß wir das Opfer des Zurückbringens tragen müssen, und die Verleihanstalt nicht genöthigt werden kann, ihren Diener in unsere und in die Wohnung Hunderter von Entleihern zu schicken, um das Buch bei uns abzuholen. Hat ein Bekannter bei unsern Eltern ein Päckchen niedergelegt, weil er es auf seinem Gange nach einem andern Theile der Stadt als nach seiner Wohnung nicht mitnehmen konnte, oder hat er es beim Weggange mitzunehmen vergessen, so sehen wir, daß er es demnächst abholt oder abholen läßt, und wir finden es ganz in der Ordnung, daß er das Opfer des Abholens bringt; und werden wir etwa Tags darauf von unsern Eltern angewiesen, das Päckchen dem Bekannten in seine Wohnung zu tragen, so fühlen wir sofort, daß die Eltern hierzu eigentlich nicht verpflichtet sind, ihm vielmehr eine Gefälligkeit erweisen, für die er sich denn auch beim Empfang in mehr oder weniger ausdrucksvoller Weise bedankt. Wir schicken oder bringen die vom Buchhändler zur Einsicht uns mitgetheilten Bücher, wenn wir sie nicht behalten, demselben zurück, und schicken und bringen die Preise für die von Kaufleuten und sonstigen Gewerbetreibenden uns gelieferten Waaren und Arbeiten (Metzger, Bäcker, Schuhmacher, Schneider u. s. w.) den Lieferanten ins Haus, alles im Bewußtsein, daß wir zu bringen haben, und jene das Geld nicht zu holen brauchen. Je mehr wir im Laufe der Jahre und Jahrzehnte am Rechtsverkehr theilnehmen, um so mehr bildet sich bei uns das Rechtsgefühl und das Urtheil aus, an welchen Orten wir unsere Verbindlichkeiten des täglichen Lebens erfüllen müssen. Als Juristen kommen wir sehr bald zur Erkenntniß, daß die eigenthümliche wirthschaftliche und rechtliche Natur eines Schuldverhältnisses den Erfüllungsort desselben bestimmt, und daß man in dieser Beziehung vier Kategorien von Schuldverhältnissen zu unterscheiden hat, nämlich solche, welche nur einem der Betheiligten,

dem Gläubiger oder Schuldner, einen Vortheil gewähren, solche, welche jedem Betheiligten einen Vortheil gewähren und solche, welche keinem der Betheiligten einen Vortheil gewähren. Daß diese Eintheilung nicht eine künstliche und der Wahrheit entbehrende, sondern eine wirthschaftlich und rechtlich begründete ist, und wie der Erfüllungsort bei den einzelnen Kategorien bestimmt wird, soll im Nachfolgenden dargethan werden.

a) Schuldverhältnisse zum Vortheil des Gläubigers.

§ 7.

I. Solche Schuldverhältnisse sind unzweifelhaft das Schenkungsversprechen, das Vermächtniß und der Vermächtnißvertrag, der Hinterlegungsvertrag, der unentgeltliche Auftrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag und die Vorlegung. Wir haben sie einzeln zu untersuchen.

1. Das Schenkungsversprechen. Betrachten wir zunächst den Fall, daß der versprochene Gegenstand eine individuell bestimmte Sache, etwa eine landwirthschaftliche Maschine (Dampfpflug) ist, daß sie zur Zeit des angenommenen Versprechens in Kenntniß beider Theile ihren Standort auf einem Gute des Schenkers in der Nähe von Rostock hatte, während ihr Bestimmungsort ein Gut des Beschenkten in der Nähe von Nürnberg war, daß der Schenker seinen Wohnsitz in Hamburg, der Beschenkte den seinigen in München hatte, daß der Schenkungsvertrag gelegentlich eines landwirthschaftlichen Festes in Leipzig von beiden Theilen persönlich und unter Mitwirkung eines Notars geschlossen wurde, und daß in allen diesen Beziehungen bis zum Moment der beiderseits beabsichtigten Leistung der Sache keinerlei Veränderung eingetreten ist. An welchem Orte ist das Schenkungsversprechen zu erfüllen? Der Thatbestand dieses Falls berührt fünf Orte, den Standort und den Bestimmungsort der Sache, den Wohnort des Schenkers und Beschenkten und den Ort des Vertragsabschlusses als thatsächlichen Entstehungsort des Schuldverhältnisses. Soviel ist klar, daß ein sechster und siebenter Ort für das Gesetz nicht in Frage kommen kann, und dasselbe wird gewiß nicht versuchen wollen, bei der Unbestimmtheit des Erfüllungsorts und den Widerstreit der Ortsinteressen der Betheiligten den Weg des Compromisses einzuschlagen, halb das Interesse des Schenkers und halb das Interesse des Beschenkten zu wahren, und einen in der Mitte liegenden Ort (im Fragefalle etwa Erfurt) zum Erfüllungsort zu bestimmen, ähnlich dem Fall der Bestimmung der Durchschnittssumme, wenn mehrere zur Bestimmung

einer Quantitätsleistung Berufene zu verschiedenen Summen gelangt sind (§ 355 Entw.). Es ist aber auch weiter klar, daß der Ort des Vertragsabschlusses (Leipzig) nicht zum Erfüllungsort bestimmt werden kann, denn keiner der Schenkungsbetheiligten hat für die Erfüllung an diesem Orte auch nur das geringste Interesse. Und schließlich ist es klar, daß das Gesetz auch weder den Wohnort des Schenkers, noch den des Beschenkten zum Erfüllungsort wählen kann, denn was thut der Schenker mit seinem Dampfpflug in Hamburg, und der Beschenkte mit demselben in München; derselbe muß die Reise von dem Gute bei Rostock nach dem Gute bei Nürnberg machen, beide Orte sind die äußersten Stationen, Anfangs- und Endstation, und Hamburg wie München wären nur Durchgangspunkte, die für beide Theile soviel und sowenig Interesse haben, wie jede andere Zwischenstation auch. Von Interesse sind nur der Standort und der Bestimmungsort des Dampfpflugs. Jener, weil der Schenker an ihm mit wenig Mühe, Arbeit, Zeitverlust und Kosten liefern (zur Abholung bereit stellen) kann, dieser, weil der Beschenkte an ihm ohne irgend welche wirthschaftliche Nachtheile empfangen kann. Wer von den Betheiligten soll die Kosten der Reise tragen? Man kann nicht argumentiren, da sich der Schenker nur zur Uebergabe der Sache und nicht auch zur Tragung der Transportkosten verpflichtet hat, so braucht er auch nur am Standort zu übertragen; denn mit demselben Rechte könnte der Beschenkte behaupten, da ich die Lieferung verlangen kann und zur Tragung der Reisekosten mich nicht verpflichtet habe, so muß mir am Bestimmungsort geliefert werden. Den stillschweigend erklärten oder den muthmaßlichen Willen des Betheiligten als Argument zu benutzen, wäre eine Künstelei, eine Verlegenheitspraktik, so lange nicht ein positives Merkmal seiner Existenz im Einzelfalle angeführt werden kann. Es soll zwar der Wille der Betheiligten sein, daß am Standort geliefert werde, allein dieses Verlangen wird von einem andern rechtlichen Moment gestellt, und dieses bestimmt selbstständig den Erfüllungsort, auch wenn die Betheiligten beim Abschluß des Schenkungsvertrags an Erfüllungsort und Transportkosten gar nicht gedacht, und folglich einen Entschluß in dieser Beziehung nicht gefaßt haben. Dieses Moment ist die rechtliche Natur der Schenkung. Das Eigenthümliche, welches dieser Art der Zuwendung einen besonderen rechtlichen Charakter aufprägt, besteht aus drei Theilen; die Schenkung ist nämlich eine Zuwendung zum ausschließlichen Vortheil des Gläubigers, sie ist ferner für den Schenker stets mit einer Ver-

mögensbenachtheiligung verbunden und beruht schließlich auf einer von Seiten des Schenkers dem Beschenkten erwiesenen Gefälligkeit. Welches dieser drei Momente ist nun das den Erfüllungsort bestimmende, oder sind es die drei als Einheit? Unzweifelhaft wirkt diese dreitheilige Einheit manche besondere Bestimmung des positiven Rechts über die Schenkung, so z. B. daß der Schenker wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtung dem Beschenkten nur wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit haftet (§ 442 Entwurf), daß er wegen Mangels in seinem Rechte oder wegen eines Mangels der verschenkten Sache nicht schlechthin, sondern nur unter gewissen Umständen haftet (§§ 443, 444 Entwurf) und Verzugszinsen nicht zu entrichten hat (§ 445 Entwurf), allein eine Vergleichung der Schenkung mit andern Rechtsinstituten ergiebt, daß für die Bestimmung des Erfüllungsorts nicht das Gefälligkeitsmoment und nicht das Moment der Vermögensbenachtheiligung, sondern lediglich das Moment des ausschließlichen (oder vorzugsweisen) Vortheils des Zuwendungsempfängers maßgebend ist. Und daß dieses letztere Moment das für den Erfüllungsort ausschlaggebende zu sein verdient, kann nicht bezweifelt werden, wenn man das Gewicht der wirthschaftlichen Regel erkennt, wonach Derjenige, der einen wirthschaftlichen Vortheil zu erlangen bestrebt ist, nothwendigerweise auch alle zur Erreichung dieses Zwecks nothwendigen Handlungen selbst und auf seine Kosten vornehmen muß, und kein Mensch verpflichtet ist, mit seiner Arbeit und auf seine Kosten ihm hierbei hülfreiche Hand zu leisten. Wer im Leben etwas für sich und zu seinem Vortheil erreichen will, muß eben selbst und allein den Widerstand brechen, der sich der Erreichung seines angestrebten Zieles in den Weg stellt; das ist ein Verkehrsgrundsatz, an dessen Wahrheit und Gerechtigkeit Niemand zweifeln kann, und der in unseren positiven Rechten überall Anerkennung gefunden hat. Danach braucht der Schenker die geschuldete Sache nur an ihrem Standorte zu tradiren, er ist nicht verpflichtet, sie dem Beschenkten an den Bestimmungsort zu bringen, der Beschenkte muß sie dort abholen und insbesondere die Kosten des Transports vom Standort nach dem Bestimmungsort tragen. So rechtfertigt es sich, daß der Gesetzgeber für das Schenkversprechen einer individuell bestimmten Sache deren Standort zum Erfüllungsort bestimmt.

Sind vertretbare Sachen oder nur der Gattung nach bestimmte Gegenstände zu schenken versprochen, so muß deren Stand- und Bestimmungsort aufgesucht werden. Bleiben wir in unserem oben an-

gegebenen Beispiele, und setzen an Stelle des Dampfpflugs eine gewisse Art und Menge von Saatfrucht, so erscheinen auch hier der Ort des Vertragsabschlusses, der Wohnort des Schenkers und der des Beschenkten als interesselose Orte. Die Wahl steht daher nur zwischen Standort und Bestimmungsort. Im Uebrigen kommen dieselben wirthschaftlichen und rechtlichen Grundsätze zur Anwendung, wie bei der Schenkung einer individuell bestimmten Sache.

2. Das Vermächtniß. Setzen wir zunächst den Fall, daß eine individuell bestimmte Sache, etwa ein werthvolles Familiengemälde, Gegenstand des Vermächtnisses ist, daß dasselbe in Kenntniß des Erblassers seinen Standort in einer von demselben zeitweise besuchten Villa bei Koblenz hat, während er selbst in Hannover wohnt; auf einer Reise nach dem Süden wird er an einem Orte in der Nähe von Freiburg i. Br. krank, errichtet hier vor einem Notar ein Testament, setzt darin jenes Vermächtniß für seinen in Breslau wohnenden Neffen mit dem Wunsche aus, daß jenes Gemälde nicht verkauft, sondern der in Magdeburg befindlichen Gemäldesammlung seines Neffen einverleibt werde, und stirbt auf der Rückreise in Darmstadt; der Notar übergiebt das Testament in Freiburg dem einschlägigen Amtsgericht als Verwahrungsbehörde und hier findet auch schließlich die Verkündigung der letztwilligen Verfügung statt. Der Thatbestand dieses Falles berührt mindestens sieben Orte, den Standort und den Bestimmungsort des vermachten Gemäldes, den Wohnort des Erblassers und des Vermächtnißnehmers, den Sterbeort des Erblassers, den Ort der Testamentserrichtung und den der amtlichen Verwahrung und der Verkündigung des letzten Willens. Nur zwei dieser Orte haben für die Betheiligten ein Interesse, der Standort und Bestimmungsort, die anderen sind interesselos, die Wahl des Gesetzes kann also nur auf einen von beiden Orten fallen. Das Eigenthümliche des Vermächtnisses besteht aus zwei Theilen; das Vermächtniß ist ein Akt der Gefälligkeit (des Wohlwollens) des Erblassers für den Vermächtnißnehmer und enthält eine Zuwendung zum ausschließlichen Vortheil des letzteren. Eine Vermögensbenachtheiligung wird nicht wahrgenommen, denn der Erblasser selbst vermindert damit sein Vermögen nicht, und des Erben Vermögen wird nicht vermindert, da dieser nur einen Anspruch auf den Nachlaß mit Abzug des Vermächtnisses hat. Da der mit dem Vermächtniß verbundene und bezweckte Vortheil lediglich dem Vermächtnißnehmer zu Gute kommt, so tritt auch hier die oben beschriebene natürliche Regel

ein, so daß also der Standort der vermachten individuell bestimmten Sache der Erfüllungsort der Verbindlichkeit des Erben ist.

Sind vertretbare oder nur der Gattung nach bestimmte Sachen vermacht, so ist deren Standort aufzusuchen. Befindet sich die zur Leistung des Vermächtnisses erforderliche Menge in der Erbschaft, so kann der Erbe gerade sie leisten, er braucht also vermachte tausend Hektoliter Weizen nur auf dem Gute oder in dem Magazine oder auf dem Fruchtboden zu überliefern, wo sie der Erblasser in Vorrath liegen hatte. Ist baares Geld vermacht und solches in genügender Menge im Nachlaß vorhanden, so kann dasselbe an seinem Standorte zur Zeit des Todes des Erblassers (Wohnort, Handelsniederlassung) geleistet werden. Sind aber vermachte Gattungssachen und Gelder in genügender Menge im Nachlasse nicht vorhanden, und müßte der Erbe entweder das Geld aus seinem eigenen Vorrathe entnehmen oder müßte er behufs Beschaffung des Geldes Erbschaftssachen verkaufen, so kann er nach seiner Wahl entweder am Standorte seines eigenen Geldvorraths oder am Ort der Lage der Erbschaft leisten. Und befinden sich die zur Erbschaft gehörigen Vermögensgegenstände an verschiedenen Orten zerstreut, so gilt der Ort, wo der größere Theil der Erbschaft liegt, als Ort der Lage der Erbschaft.

Dem testamentarischen Vermächtniß steht in allen diesen Beziehungen das durch Vertrag ausgesetzte gleich.

3. Der Hinterlegungsvertrag. Der Fall der Hinterlegung einer individuell bestimmten Sache spielt sich gewöhnlich in der Weise ab, daß der Hinterleger seine Sache einem an demselben Orte wohnenden Freunde zur Aufbewahrung übergiebt, und dieser sie mit seinen eigenen Sachen in seiner Wohnung verwahrt. Die Hinterlegung kann sich aber auch über mehrere Orte verbreiten. Man nehme den Fall: ein Bewohner von Gießen beabsichtigt, eine mehrere Monate in Anspruch nehmende Reise zu machen und gedenkt, seine sämmtlichen Werthpapiere bei einem Frankfurter Bankgeschäft zu hinterlegen; in Frankfurt angekommen, trifft er einen Freund, der zwar seinen Wohnsitz in Bingen hat, jedoch bei einem in Mainz domizilirten Bankgeschäft betheiligt ist, und dem er seine Papiere zur unentgeltlichen Aufbewahrung übergiebt; dieselben werden von dem Freunde sofort nach Mainz gebracht und im Kassengewölbe verwahrt. Von diesen vier Orten, dem Wohnort des Hinterlegers (Standort der Papiere), dem des Verwahrers, dem Ort des Vertragsabschlusses und dem Aufbewahrungsorte haben nur der erste und letzte ein Interesse

für die Betheiligten. Der uneutgeltliche Hinterlegungsvertrag hat das Eigenthümliche, daß er ein Gefälligkeitsvertrag ist und lediglich den Vortheil des Hinterlegers bezweckt, ein eigentliches Vermögensopfer bringt der Verwahrer nicht. Nach der oben beschriebenen wirthschaftlichen Regel, wonach Derjenige, der einen wirthschaftlichen Vortheil zu erlangen bestrebt ist, nothwendigerweise auch alle zur Erreichung dieses Zwecks erforderlichen Handlungen selbst und auf seine Kosten vornehmen muß, und Niemand verpflichtet ist, ihm hierbei mit seiner Arbeit und auf seine Kosten hülfreiche Hand zu leisten, braucht der Verwahrer nur am Aufbewahrungsorte die hinterlegte Sache zurückzugeben, und hat sie nicht an ihren Standort zurückzubringen.

4. Der Auftrag. Man setze den Fall: ein Bewohner von München ersucht schriftlich einen in Köln wohnenden Freund, ein gewisses in Düsseldorf zur Versteigerung gelangendes Gemälde für ihn anzukaufen und den Kaufpreis ihm vorzulegen. Dies geschieht. Das Gemälde ist zu groß und zu werthvoll, um als Gepäckstück nach Köln mitgenommen werden zu können, der Freund läßt es daher noch in der Ausstellung stehen oder giebt es Jemandem zur Verwahrung. Wo ist das Gemälde zu liefern und wo ist der ausgelegte Kaufpreis nebst Reisekosten zu zahlen? Der Fall stützt sich auf mehrere Orte, und zwar der Auftrag auf München als Bestimmungsort des Gemäldes, auf Köln als den Wohnsitz des Beauftragten und Entstehungsort des Schuldverhältnisses in der Richtung auf die Ausführung des Auftrags, und auf Düsseldorf als Ort der theilweisen Erfüllung des Auftrags (Ankaufsort) und zugleich als Entstehungsort der Verbindlichkeit zur Herausgabe des in Folge des Auftragsverhältnisses empfangenen Gegenstandes. Mit der Ueberlieferung des gekauften Gemäldes an den kaufenden Beauftragten hört Düsseldorf auf, Standort desselben zu sein, und es wird Ort des vorübergehenden Aufenthalts zum Zweck der Befriedigung einzelner Bedürfnisse, und insbesondere Aufbewahrungsort. Der Thatbestand des Anspruchs des Beauftragten auf Ersatz seiner Auslagen erstreckt sich auf Düsseldorf als Ort der Entstehung der Verbindlichkeit des Auftraggebers zum Ersatz des Kaufgeldes und der hier gemachten sonstigen Auslagen, auf Köln als Bestimmungsort der Ersatzleistung, und auf München als Standort des vom Auftraggeber geschuldeten Geldes. Soviel ist klar, daß, was den Ort der Lieferung des Gemäldes betrifft, Köln als Wohnsitz des Beauftragten, und Köln und Düsseldorf

als Entstehungsorte des Schuldverhältnisses als interesselose Orte gar nicht in Betracht kommen können, und daß für die Betheiligten nur München als Bestimmungsort und Düsseldorf als Ort des vorübergehenden Aufenthalts zum Zweck zeitlicher Aufbewahrung des Gemäldes von Interesse sind. Nach unserer mehrfach erwähnten wirthschaftlichen Regel braucht aber, da das ganze Auftragsgeschäft nur den Vortheil des Auftraggebers bezweckt, der Beauftragte das Gemälde nur in Düsseldorf zu liefern. Was aber den Ersatzanspruch des Beauftragten betrifft, so ist für seine Erfüllung sein Entstehungsort (Düsseldorf) ein für beide Betheiligte ganz interesseloser Ort, und es kann nur von einer Wahl zwischen dem Standort und dem Bestimmungsorte des geschuldeten Geldes die Rede sein. Das ganze Geschäft bezweckt nur den Vortheil des Auftraggebers, der Beauftragte erhält zwar auch Geld, aber nur zum Zweck des Ersatzes seiner Vermögensopfer, im Uebrigen hat er keinen Vortheil, im Ganzen keinen Nachtheil, und die von ihm aufgewendete Mühe erscheint nur als eine dem Auftraggeber erwiesene Gefälligkeit. Nach unserer obigen Regel kann daher kein Zweifel sein, daß der Auftraggeber Ersatz aller Auslagen dem Beauftragten in Köln zu leisten hat.

Wäre das Gemälde ein kleines gewesen und vom Beauftragten alsbald von Düsseldorf nach Köln mitgenommen worden, ohne daß dadurch die Interessen des Auftraggebers verletzt worden wären, so würde Köln zum Aufbewahrungsort und somit zum Erfüllungsort der Auftragsverbindlichkeit gemacht worden sein.

5. Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Hier denke man sich den Fall: Ein Bewohner von Offenbach befindet sich in Hanau und hört hier von einem Geschäftsmanne aus Stuttgart, daß sein in Aschaffenburg wohnender Verwandter an diesem Tage ein in Würzburg domicilirtes Accept von hundert Mark an den Stuttgarter Wechselinhaber zu zahlen habe; da der Schuldner krank ist und allem Vermuthen nach für Deckung nicht gesorgt hat, so zahlt der Offenbacher Herr in der Absicht, des Schuldners Geschäfte zu führen, die Wechselsumme an den Stuttgarter Gläubiger, der diese Angelegenheit sofort telegraphisch mit dem Domiciliaten ordnet. Wo hat der Geschäftsherr die ausgelegte Summe dem Geschäftsführer zu zahlen? Interesselos sind die Orte der Geschäftsführung Hanau und Würzburg, ebenso der Wohnort des Gläubigers Stuttgart, die Wahl steht nur zwischen dem Standort des geschuldeten Geldes Aschaffenburg und dem Bestimmungsort desselben, Offenbach. Da die Geschäftsführung

den ausschließlichen Vortheil des Geschäftsherrn bezweckt, so erscheint nach obiger Regel Offenbach als Erfüllungsort.

6. Die Vorlegung. Nach § 774 Entw. kann derjenige, welcher wegen eines gegen den Besitzer oder Inhaber einer Sache in Ansehung der letzteren ihm zustehenden Anspruchs oder, um sich Gewißheit zu verschaffen, ob ihm ein solcher Anspruch zustehe, an der Besichtigung der Sache ein Interesse hat, von dem Besitzer oder Inhaber verlangen, daß ihm die Sache vorgezeigt oder vorgelegt und deren Besichtigung gestattet werde. Der Entwurf läßt es unbestimmt, wo die Vorlegungspflicht zu erfüllen sei, ob der Besichtigungs-Interessent sich an den Ort der Lage der Sache (Standort) bezw. an den Wohnort des Vorlegungs-Verpflichteten begeben, oder dieser die Sache an den Wohnort des Berechtigten bezw. an deren Bestimmungsort verbringen müsse. Nach § 776 Entw., der besagt, daß die Gefahr und die Kosten der Vorzeigung und Vorlegung derjenige zu tragen habe, welcher die Vorzeigung oder Vorlegung verlangt, darf man auf das Verbringen-Müssen schließen, da das Vorzeigen und Vorlegen am Ort der Lage der Sache doch wohl nur in den allerseltensten Fällen mit einer Gefahr für die Sache und mit Kosten verbunden sein dürfte. Die Motive geben über diesen sehr wichtigen und tief einschneidenden Satz keine Auskunft. Da dieses Vorlegungsgeschäft lediglich die Förderung des Interesses des Berechtigten bezweckt, (es ist kein Gefälligkeitsgeschäft und ist auch für den Vorlegenden mit keinem Vermögensnachtheil verbunden), so müssen wir nach den bisher erörterten Grundsätzen den Standort der Sache als Erfüllungsort ansehen, was nicht nur dem allgemeinen Rechtsgefühl, sondern auch dem Römischen Rechte durchaus entspricht.

7. Die Vormundschaft und Pflegschaft. Bei diesen wird in der Regel ein ausdrücklich oder stillschweigend bestimmter Ort der Erfüllung der Verpflichtungen des Vormunds und Pflegers gegeben sein. Wenn nicht, so wird sich dieser daraus, daß beide Institutionen lediglich den Vortheil des Bevormundeten bezwecken, nach unsrer Rechtsregel von selbst ergeben.

II. Wir haben bisher (I. 1—7) nur solche Fälle von Schuldverhältnissen zum Vortheil des Gläubigers betrachtet, in welchen der Schuldner für seine Leistungen kein Aequivalent erhalten hat. Betrachten wir nun die Fälle derselben Schuldverhältnisse, in welchen dem Schuldner ein solches Aequivalent gegeben wird, und namentlich den Hinterlegungsvertrag und Auftrag.

1. Der Hinterlegungsvertrag. Im Gegensatz zum Römischen Rechte betrachtet der Entwurf die Unentgeltlichkeit der Verwahrung nicht als charakteristisches Merkmal des Hinterlegungsvertrags. Nach § 615 Entw. kann sich der Hinterleger verpflichten, für die Aufbewahrung dem Verwahrer eine Vergütung zu gewähren. Die für den Hinterlegungsvertrag aufgestellten Grundsätze kommen ohne Rücksicht auf Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Leistung zur Anwendung. Ob diese Auffassung den Rechtsanschauungen unseres Verkehrs entspricht, mag in diesem Gutachten dahin gestellt, und einer späteren Untersuchung vorbehalten bleiben. Allein jedenfalls ändert die ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Vergütung daran nichts, daß der Hinterlegungsvertrag vorzugsweise oder im überwiegenden Interesse des Hinterlegers geschlossen wird [14]). Um dies zu beweisen, dürfen wir unsere Beispiele nicht aus der handelsrechtlichen Praxis, sondern müssen sie aus dem gewöhnlichen bürgerlichen Rechtsverkehr nehmen. So häufig nun hier die unentgeltliche Hinterlegung vorkommt, so selten ist die entgeltliche, es sei denn, daß man hierzu die Hingabe unserer Gepäckstücke an die Portiers der Bahnhöfe, unserer Röcke, Hüte, Schirme und Stöcke an die Garderobendiener in Theatern, Konzert- und Klubhäusern, Museen u. s. w. zur Aufbewahrung rechnet.[15]) Aber selbst in diesen Fällen ist der Vortheil des Hinterlegers verhältnißmäßig so groß und der Vortheil des Bewahrers verhältnißmäßig so unbedeutend, daß Letzterer bei der Charakterisirung des Geschäfts im Ganzen gar nicht in Anschlag

[14]) Im Handelsrecht hat bekanntlich das Depositengeschäft eine sehr bedeutende Ausbildung erlangt; vergl. z. B. Cohn in Endemann's Handbuch des Handelsr. Band III S. 884 ff., und ich glaube, daß nach handelsrechtlicher Auffassung der obige Satz ganz entschieden richtig ist.

[15]) In den meisten Fällen stellt die Verwaltung dieser Anstalten im Interesse ihrer Besucher den zur Ablegung jener Gegenstände erforderlichen Raum und dessen Ausrüstung unentgeltlich, und weist ihre Diener an, dem Publikum beim Ab- und Hinlegen und beim Wiederabholen seiner Sachen behülflich zu sein. Da mit der Entgegennahme dieser Sachen durch die Diener zwischen dem Abgeber und der Verwaltung ein Hinterlegungsvertrag geschlossen wird, kann nicht ohne Weiteres bejaht oder verneint werden, es kommt vielmehr noch auf andere Umstände an. Die Pfennige, welche dem Diener im Voraus oder bei der Zurückgabe gezahlt werden, erscheinen zuweilen als Trinkgeld (Geschenk) für die erwiesene Gefälligkeit des Entgegennehmens und Zurückgebens, zuweilen aber als Belohnung (Aequivalent) für die geleisteten Wärter- oder Bewachungsdienste. Man kann daher nicht in allen derartigen Fällen ohne Weiteres auf einen zwischen dem Diener und dem Ableger geschlossenen entgeltlichen Hinterlegungsvertrag schließen

gebracht werden kann. Man nehme nur den Fall, daß beim lebhaften Drängen des nach der Garderobe eilenden Publikums der meistens auf enge Lokalitäten angewiesene Diener in der gebotenen Eile einen Rock verwechselt, und dieserhalb, da er nach dem Entwurfe selbst für leichte Fahrlässigkeit einzustehen hat, vom Hinterleger auf Schadensersatz belangt wird. Er hatte einen Werth von etwa 80 Mark empfangen, die Gefahr des Verlusts dieses Werths durch Verwechslung dem Eigenthümer ab- und auf sich genommen und soll nun ein Aequivalent in seinem Anspruch auf etwa 20 Pfennig finden! Es wird Niemand in Abrede stellen, daß diese Art von Hinterlegung lediglich im Interesse des hinterlegungsbedürftigen Publikums in unsere Verkehrsordnung eingeführt worden ist, Grund genug für den Gesetzgeber, daß er diesem Hinterlegungsvertrag den Stempel eines ausschließlich zum Vortheil des Hinterlegers gereichenden Rechtsgeschäfts aufdrückt, und dann auch bezüglich des Erfüllungsorts die Konsequenzen zieht. Man wird nicht einwenden dürfen, daß es für den beregten Fall einer so weitläufigen Untersuchung gar nicht bedurft hätte, indem sich die Zahlung der Hinterlegungsvergütung im Garderobeort von selbst verstehe, weil dieser Ort der mindestens stillschweigend vereinbarte Erfüllungsort sei. Diese Entgegnung irrt, denn die allgemeine Vorstellung eines Hinterlegers, daß er seine Vergütung beim Abholen seines Rocks zahlen werde und die Vorstellung des Dieners, daß er bei der Rückgabe desselben seine Vergütung erhalten werde, reichen selbst bei übereinstimmender Sitte und Gewohnheit nicht aus, einen stillschweigend vereinbarten Erfüllungsort anzunehmen. Die Betheiligten machen sich diese Vorstellungen doch immer nur für die regulären, nicht aber für ausnahmsweise Verhältnisse, und treten solche ein, in welchen, ohne daß einen oder den anderen der Betheiligten eine Schuld trifft, die Zahlung der Vergütung beim Abholen nicht stattfindet (es bricht z. B. während des Konzerts ein Brand aus, in der Verwirrung holt sich jeder Hinterleger sein Kleidungsstück, ohne durch Suchen nach Kleingeld das übrige Publikum aufzuhalten), so wird nach Verlauf von Tagen und Wochen doch keiner der Betheiligten auf dem Garderobeort als Erfüllungsort beharren können, während er es könnte, wenn in der That der Garderobeort als Erfüllungsort vereinbart worden wäre, da eine nachträgliche Veränderung in den örtlichen Verhältnissen der Betheiligten keinen den vereinbarten Erfüllungsort verschiebenden Einfluß hat.

Im Uebrigen habe ich noch keine Gelegenheit gehabt, Fälle eines entgeltlichen eigentlichen Depositums im gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr zu beobachten. Es gibt ja verschiedene Arten von Schuldverhältnissen, bei welchen dem Schuldner neben andern Verbindlichkeiten auch die der Bewahrung einer beweglichen Sache vor nachtheiligen äußeren Einflüssen obliegt, wie der Kaufvertrag, der Auftrag, die Geschäftsführung, der Dienstvertrag u. a. m., allein dieselben haben einen entschiedenen anderen rechtlichen Charakter, wie das Depositum.

Nach Vorstehendem wird man also für den entgeltlichen Hinterlegungsvertrag annehmen müssen, daß der Verwahrer nicht blos die verwahrte Sache nur da zurückzugeben braucht, wo sie im Fall der Unentgeltlichkeit zurückzugeben ist, sondern auch die vereinbarte Vergütung, geradeso wie die von ihm gemachten Auslagen, am Bestimmungsort des geschuldeten Geldes, beispielsweise an seinem Wohnorte verlangen kann, und nicht nöthig hat, sein Geld am Wohnort des Hinterlegers abzuholen.

Der Entwurf hat prinzipiell das s. g. depositum irregulare aus der Liste unserer Rechtsinstitute gestrichen, und erblickt in der Hinterlegung vertretbarer Sachen für die Fälle, daß vertragsmäßig nicht dieselben Individualsachen, sondern gleiche Quantitäten gleicher Sachen zurückgegeben werden sollen, prinzipiell ein Darlehnsgeschäft. Er folgt hierbei einer modernen Auffassung und einigen modernen Gesetzen. Es ist hier nicht der Ort, die gänzliche Unrichtigkeit dieser Rechtsauffassung und die Nothwendigkeit der gesetzlichen Anerkennung des im wirthschaftlichen Verkehre nicht nur bestehenden, sondern auch ganz unentbehrlichen irregulären Hinterlegungsgeschäfts mit seinen eigenthümlichen, dem Darlehn ganz fremden Seiten des Näheren nachzuweisen, es wird dies vielmehr die Aufgabe eines besonderen Gutachtens sein. Doch will ich hier Dreierlei in Kürze anführen. Vor Allem ist nicht richtig, was die Motive behaupten, daß die Annahme eines Darlehnsvertrags in jenen Fällen der Intention der Parteien entspreche. Der ländliche Dienstbote, der nach Verlauf eines Jahres mit seiner Herrschaft abrechnet, und einen gewissen Betrag als Lohn zu empfangen hat, ersucht jene, diesen Betrag ihm aufzuheben. Er glaubt seine Ersparniß bei seiner Herrschaft besser als bei sich aufgehoben, theils weil er selbst keinen hinlänglich sicheren Verschluß zu haben pflegt, theils weil er damit der Versuchung gelegentlicher unnöthiger Ausgaben mehr entrückt ist. Die Forderung aus dem

Lohnverhältniß soll mit der Abrechnung erloschen sein, es wird daher der Empfang des Lohnes im Lohnbuche quittirt, und die zum Aufheben gegebene Summe dem Dienstboten gutgeschrieben. Mit seiner Einwilligung legt sodann die Herrschaft die empfangene Summe in ihre Kasse und vermischt sie mit ihrem eigenen Gelde. Die Betheiligten fassen das neue Geschäft durchaus nicht als ein Darlehn auf, die Herrschaft ist nichts weniger, wie fremden Geldes bedürftig, sie ist es, welche ihrem Dienstboten mit dem Aufheben des Geldes einen Gefallen erweist, und der Gedanke, daß er durch Leihen des Geldes seiner Herrschaft eine Gefälligkeit erweise, liegt ihm durchaus ferne. Der zweite Unterschied des Darlehns und des irregulären Depositums besteht darin, daß zwar das Darlehn auch ein Akt des Vertrauens des Gebers zum Empfänger ist, das irreguläre Depositum aber ein Akt des höchsten Vertrauens. Der Verwahrer hat stets das Gefühl, daß er fremdes Geld in seiner Kasse hat, daß er, wenn er nicht unredlich handeln wolle, stets soviel Geld parat halten müsse, daß er es auf erstes Anfordern des Hinterlegers sofort zurückgeben könne, während der Darlehnsempfänger das Bewußtsein hat, daß er das empfangene Geld zu seinen Zwecken gebrauchen dürfe, eine gleiche Summe daher auch nicht stets in seiner Kasse bereit zu halten brauche, und daß er nicht unredlich handele, wenn er den fordernden Gläubiger bezüglich der Rückzahlung auf einige Tage vertröste. Andrerseits will der Hinterleger einer Geldsumme in jedem ihm beliebigen Augenblicke sein Geld „greifen" können. Wer, um an einem bestimmten Tage einen Hauskaufsschilling bezahlen zu können, allmählig seine Ausstände einzieht, und die eingehenden Gelder bei einem kleinen Provinzialbankgeschäft als Summen deponirt, wird es mit Recht übel vermerken, wenn ihm bei der Zurückforderung entgegengehalten wird, man habe das Geld bei einem hauptstädtischen Bankgeschäfte liegen, und bedürfe einiger Tage, um es zur Rückzahlung zu bringen. Der Entwurf hat denn auch, und das ist die dritte Bemerkung, die ihm entgegengehalten werden muß, gefühlt, daß das depositum irregulare denn doch nicht ganz im Darlehnsbegriff aufgehe, und hat im § 618 die Bestimmung aufgenommen, daß im Zweifel für jenen Darlehnsvertrag als vereinbart anzunehmen sei, daß in Ansehung der Zeit und des Ortes der Zurückgewährung die für den Hinterlegungsvertrag geltenden Vorschriften anwendbar sein sollten. Die Motive erläutern dies so, daß wenn die Parteien gleichwohl den Vertrag als Verwahrungs- oder

Hinterlegungsvertrag bezeichnet oder von Hinterlegen oder „in Verwahrung geben" gesprochen oder in ähnlicher Weise sich ausgedrückt hätten, dies mit Entschiedenheit darauf hinweise, daß nicht die Eingehung eines lediglich nach den für das Darlehn geltenden Rechtsnormen zu beurtheilenden Vertrags bezweckt gewesen, sondern daß gewisse (?), dem Hinterlegungsvertrage eigenthümliche, mit dem Begriffe des Darlehnsvertrags immerhin noch verträgliche Besonderheiten Platz greifen sollten. Bei einem Vertrage des bezeichneten Inhalts dürfe in dieser Hinsicht mit voller Sicherheit angenommen werden, es sollten in Absicht auf Zeit und Ort der Restitution nicht die für den Darlehnsvertrag, sondern die für den Hinterlegungsvertrag bestehenden Grundsätze zur Richtschnur dienen. Nach meinem Dafürhalten ist dies eine Künstelei. Was aus dem wirthschaftlichen und rechtlichen Wesen des depositum irregulare gefolgert werden muß, soll hier auf eine stillschweigende Willenserklärung der Kontrahenten zurückgeführt werden. Die Parteien sollen ein Mischgeschäft von Darlehn und Hinterlegungsvertrag beabsichtigt haben, ein Hinterlegungs-Darlehn oder ein in Verwahrung gegebenes Darlehn. Darlehn und Hinterlegung sind zwei Begriffe, die sich ausschließen; zwei Verkehrsinstitute mit ganz verschiedenen Zwecken; und wenn wir beide von der, gerade hier uns interressirenden Seite ihrer rechtlichen Natur betrachten, so finden wir, daß das Darlehn nur zum Vortheil des Schuldners, das irreguläre Depositum aber zum Vortheil des Gläubigers geschlossen wird. Wenn dies nicht verkannt werden kann, so müßten wir nach der Auffassung des Entwurfs in dem Geschäft der Verwahrung einer Geldsumme ein Geschäft erblicken, welches zum ausschließlichen Vortheil des Schuldners und zugleich zum ausschließlichen Vortheil des Gläubigers geschlossen wäre.

Diese Untersuchung war nöthig, um die Ansicht des Entwurfs von der Entbehrlichkeit des Rechtsinstituts des depositum irregulare zu widerlegen, und den Beweis zu führen, daß bei diesem Geschäfte der Erfüllungsort derselbe ist, wie bei der Hinterlegung einer individuell bestimmten Sache. Dem Resultat nach stimmt der Entwurf, wie gezeigt, damit überein.

Das verzinsliche irreguläre Depositum unterliegt denselben Grundsätzen. Es ist nach der Auffassung des Lebens kein verzinsliches Darlehn, und gilt in allen Formen seiner Erscheinung im Verkehre als zum Vortheil des Deponenten geschlossen. Auch dies soll

in einem späteren Gutachten nachgewiesen werden.[16]) Die Zinsen sind, wie das Hauptgeld, dem Deponenten nicht zu bringen, sondern beim Depositar abzuholen.

2. Der Auftrag. Nach dem Entwurf ist die Unentgeltlichkeit kein charakteristisches Merkmal des Auftrags. Der Auftraggeber kann sich verpflichten, für die Ausführung des Auftrags dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren (§ 586). Die Motive erkennen in Uebereinstimmung mit der Doctrin, der Praxis, der neueren Gesetzgebung und neueren Entwürfen mit Recht an, daß durch die Vereinbarung einer Vergütung an dem Wesen des Mandats nichts geändert werde, und der Auftrag insbesondere nicht den Charakter eines gegenseitigen Vertrags annehme. Damit ist wohl auch anerkannt, daß dieses Schuldverhältniß trotz der zugesagten Vergütung vorzugsweise den Vortheil des Auftraggebers bezweckt. Ein Blick in den täglichen bürgerlichen Verkehr bestätigt dies. Man nehme: ein Oekonom in Baden ersucht einen befreundeten Oekonom in Hessen, ihm auf dem bevorstehenden Pferdemarkt in Frankfurt a. M. ein Pferd von der und der Beschaffenheit zu kaufen. Es geschieht; der Beauftragte hatte zwei Tage dazu nöthig gehabt, hatte zur Bestreitung seines Lebensunterhalts in Frankfurt und auf der Reise eine Menge Kosten aufgewendet, und während beider Tage seine Thätigkeit in seiner eigenen Wirthschaft versäumt. Wenn er schadlos gehalten werden soll, so müssen ihm nicht nur alle seine nothwendigen Auslagen, sondern auch der Verlust, den er sich durch seine Unthätigkeit zu Hause zugezogen hat, wie namentlich die Kosten der Einstellung eines Verwalters oder von Taglöhnern ersetzt werden. Haben die Parteien von vornherein eine alle jene Schäden umfassende Vergütung verabredet, so kann darin weiter nichts als eine Schadloshaltung des Beauftragten erblickt werden. Dies tritt namentlich in den Fällen deutlich hervor, in welchen der Beauftragte zu Folge seines Berufs auf einen gewissen Taglohn oder ein tägliches Honorar angewiesen ist, und der Ausrichtung des Auftrags so und soviel Stunden und Tage opfern mußte, während welcher Zeit er nichts verdienen konnte. Hat der Auftrag eine mehr oder weniger umfangreiche, schwierige, zeitraubende und verantwortungsvolle Vermögensverwaltung, die Veräußerung oder Verpachtung von Grundstücken, den Umtausch von Werthpapieren,

[16]) Einweilen verweise ich auf S. 113 ff. meiner Lehre vom Erfüllungsort, und auf Cohn in Endemanns Handbuch Bd. III S. 925 ff.

die Erhebung von Kaufgeldern und Zinsen, die Anlegung von Kapitalien u. dergl. mehr zum Gegenstande, so erscheint die hierfür zugesagte Vergütung in der That nur als eine Schadloshaltung des Beauftragten für die im Interesse des Auftraggebers verwendete Arbeit und übernommene Gefahr, und sie ist im Verhältniß zu den der Verwaltung unterliegenden und dem Beauftragten anvertrauten großen Werthen und dem dem Auftraggeber erwachsenden Nutzen nur ein Minimum, ein Mittel zur Bestreitung des vollen oder theilweisen Lebensunterhalts des Beauftragten während der Verwaltungsperiode, so daß an dem überwiegenden Vortheil dieses Schuldverhältnisses für den Auftraggeber nicht gezweifelt werden kann. Will man schließlich die Dienstleistungen des Arztes oder Rechtsanwalts unter den Gesichtspunkt des Mandats bringen, so haben die ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Honorare ebenfalls nur den Charakter einer Vergütung für deren zumeist wissenschaftliche Thätigkeit, und stehen zu dem kostbaren Gute der gefährdeten Gesundheit oder des in Frage gestellten Rechts in keinem nennenswerthen Verhältnisse. In allen diesen Fällen wird daher die Zahlung der bedungenen Vergütung beim Beauftragten und nicht beim Auftraggeber zu machen sein.

b) Schuldverhältnisse zum Vortheil des Schuldners.

§ 8.

Schuldverhältnisse, welche lediglich zum Vortheil des Schuldners gereichen, sind unzweifelhaft die Gebrauchsleihe und das Darlehn.

1. Die Gebrauchsleihe. Man nehme den Fall, zwei Gutsbesitzer, von welchen der eine in A, der andere in K wohnt, treffen in Z zusammen, und verspricht hier der erstere, dem andern für die bevorstehende Erntezeit zwei Pferde, die auf seinem Gute in B gehalten werden, zur Benutzung auf dessen Gute X zu leihen. Die Pferde werden vom Verwalter des Entleihers in B abgeholt und nach X gebracht. Nach Beendigung der Ernte soll die Rückgabe erfolgen, und fragt es sich, wo? Es ist von vornherein klar, daß der Ort des Gebrauchsleihversprechens Z und der Wohnort A und K als ganz interesselose Orte gar nicht zur Wahl stehen können. Von Interesse sind nur der Standort B und der Gebrauchsort X. Der Leihvertrag bezweckt lediglich den Vortheil des Entleihers, und wird daher nach obiger Regel der erstere Ort als Erfüllungsort anzusehen sein, der Entleiher wird die Pferde auf seine Kosten nach ihrem Standorte zurück verbringen müssen, und der Verleiher sie nicht am

Gebrauchsorte abzuholen haben. An der Richtigkeit dieses Resultats wird Niemand zweifeln, unrichtig ist es aber, dasselbe als ein Produkt der jedesmaligen Absicht der Contrahenten auszugeben, denn es wird gewiß zahlreiche Fälle geben, in welchen die Contrahenten beim Abschluß des Vertrags an den Ort der Rückgabe gar nicht denken. Und was soll geschehen, wenn sie im Einzelfall nicht daran gedacht haben, und wenn etwa durch Eid entschieden würde, daß sich der Entleiher hierüber gar keine Gedanken gemacht, oder daß er im Gegentheil sich gedacht habe, der Verleiher würde die Pferde gelegentlich durch seine Knechte abholen lassen? Soll in einem solchen durch Eid entschiedenen Falle der Verleiher die Pferde abholen müssen? Zu dieser Ansicht wird sich Niemand bekennen. Wenn nun dennoch jeder Jurist und Laie sich für das Zurückbringen der Pferde durch den Entleiher entscheidet, so fragt es sich, was denn der wahre hierzu treibende innere Grund ist. Man könnte erwidern, das dem Leihvertrag charakteristische Moment der Gefälligkeit bestimme hierzu, denn wer durch eine, einem Andern erwiesene Gefälligkeit seine wirthschaftliche Ordnung störe, habe gegen diesen einen Anspruch auf einen gewissen Dank, der sich in der Wiederherstellung dieser Ordnung durch Zurückbringen der Sache an ihren Standort bethätige. Abgesehen jedoch davon, daß dieser Satz schließlich zu einer Vergütung für den überlassenen Gebrauch führen würde, so kann das Gesetz nie und nimmermehr den Empfänger einer Wohlthat oder Gefälligkeit zu einem positiven Danke verpflichten, und andererseits sehen wir doch auch andere zum Vortheil des Schuldners geschlossene Geschäfte, die entschieden nicht Gefälligkeitsgeschäfte sind, bei welchen eine innere Stimme uns sagt, daß der Schuldner bringen müsse und der Gläubiger nicht abzuholen brauche, und wiederum Gefälligkeitsgeschäfte, bei welchen wir keinen Augenblick darüber im Zweifel sind, daß der gefällige Schuldner zu bringen, und der die Gefälligkeit empfangende Gläubiger nicht abzuholen hat.[17]) Ist hiernach das Gefälligkeitsmoment für den Erfüllungsort nicht bestimmend, welches sonstige im Charakter der Gebrauchsleihe liegende Moment soll es denn sein, welches uns dazu drängt, den Erfüllungsort an den Standort der

[17]) Es kauft z. B. Jemand aus Mitleid und ohne daß er einer Sache auch nur im Geringsten bedürftig ist, dieselbe einem in Noth befindlichen Besitzer gegen den werthentsprechenden Preis ab. Trotz seiner damit bewiesenen großen Gefälligkeit wird er, wenn nichts Anderes verabredet ist, den Kaufpreis beim Verkäufer zu zahlen haben.

geliehenen Sache zu legen? Ich glaube, daß kein anderes gefunden werden kann, als das, daß der Leihvertrag ein lediglich zum Vortheil des Entleihers in den Rechtsverkehr eingeführtes Institut ist, und daß Derjenige, der durch den Abschluß eines Vertrags einen wirthschaftlichen Vortheil für sich erstrebt, auch die mit der Erlangung desselben verbundenen Opfer zu bringen hat.

Der Standort der geliehenen Sache zur Zeit des geschlossenen Vertrags ist der Ort der Rückgabe. Dies trifft auch dann zu, wenn sich die Sache zu jener Zeit an einem anderen Orte mit vorübergehendem Aufenthalte befand. Man nehme den Fall: Eine Eisengießerei und Maschinenfabrik in Frankfurt a. M. hatte einer Dampfziegelei in Worms die käufliche Lieferung einer großen Dampfmaschine (Kessel mit Pertinenzen) versprochen, und nach Abschluß dieses Vertrags der Dampfziegelei den unentgeltlichen Gebrauch einer Lokomobile während der Zeit bis zur Lieferung der Dampfmaschine zugesagt. Die zugesagte Lokomobile befand sich zu jener Zeit in Speyer, wohin sie miethweise oder unentgeltlich geliehen war; sie wurde von da abgeholt, nach Worms gebracht und hier in Betrieb gesetzt. Nach Eintreffen der käuflich gelieferten Dampfmaschine wurde die Lokomobile entbehrlich, und nun soll sie zurückgegeben werden. Wo hat dies zu geschehen? Man wird keinen Augenblick darüber im Zweifel sein, daß Speyer als vorübergehender Aufenthaltsort der Lokomobile für die Rückgabe ein ganz interesseloser Ort ist, und daß sie an ihrem Standorte Frankfurt a. M. zurückzugeben ist.

2. Das Darlehn. Ist dasselbe ein unverzinsliches, so gereicht es lediglich dem Schuldner zum Vortheil, da ihm die Möglichkeit des Gebrauchs während der Vertragszeit zur Deckung seiner Bedürfnisse gegeben ist. Man kann nicht entgegnen, ein Vortheil erwachse dem Empfänger deshalb nicht, weil er die empfangene Quantität ganz und voll wieder zurückgeben müsse. Man kann auch nicht auf Einzelfälle verweisen, in welchen der Empfänger das dargeliehene Geld unangebrochen oder unverwendet in seiner Kasse habe liegen lassen, oder in unwirthschaftlicher Weise und zu seinem eigenen Nachtheile verwendet habe. Bei der rechtlichen Charakterisirung eines Verkehrsinstituts hat das Gesetz auf seinen wirthschaftlichen Zweck zu sehen, und darf von einem möglichen Mißbrauch desselben sich nicht leiten lassen. Der wirthschaftliche Zweck des Darlehns ist sein Gebrauch zum Vortheil des Empfängers, und das Gesetz muß es daher als ein zum Vortheil des Schuldners geschlossenes Geschäft ansehen und

behandeln. Dann aber muß als Erfüllungsort der Schuld des Empfängers der Standort des Vorraths des Gläubigers an Sachen derselben Gattung zur Zeit der Hingabe des Darlehns gelten. War das Darlehn ein Gelddarlehn, so muß der Standort des Baarvermögens aufgesucht werden. Ist der Gläubiger ein Privatmann, d. h. weder Kaufmann noch sonstiger Gewerbetreibender, so wird der Standort seines Baarvermögens in der Regel an seinem Wohnorte sein. Hatte er es jedoch einem Andern zur Verwaltung übergeben, und war das Darlehn durch den Verwalter ausbezahlt worden, so ist der Sitz der Verwaltung Standort und darum Erfüllungsort. Ist der Gläubiger Kaufmann oder sonstiger Gewerbetreibender, so erscheint sein Geschäftssitz mit dem Kassenlokal als Standort und Erfüllungsort. Hatte das Darlehn Sachen einer anderen Gattung zum Gegenstande, so ist der Standort des desfallsigen Vermögens aufzusuchen. Hatte beispielsweise ein Landwirth einem anderen Landwirthe Weizen geliehen, so wird sein Oekonomiehof mit Scheune Standort seines Weizenvorraths sein, und der Schuldner muß die geliehene Quantität dafür zurückbringen, mag auch der geliehene Weizen dem Darlehnsempfänger z. B. auf dem Felde oder auf dem Wege nach dem Oekonomiehofe gegeben worden sein. Der Ort der Hingabe des Darlehns, selbst des Gelddarlehns, also der Ort des Vertragsabschlusses an sich ist ein interesseloser Ort. Spreche ich auf der Reise einen ebenfalls auf der Reise befindlichen Freund behufs Bezahlung einer Schuld um ein Gelddarlehn an, so habe ich es nach Beendigung der Reise meinem Gläubiger zu bringen, und ich kann ihn nicht auf den Empfangsort verweisen.

Die für das unverzinsliche Darlehn gefundenen Resultate gelten aber auch vom verzinslichen Darlehn. Letzteres kann aus Gefälligkeit gegeben werden, allein das Gefälligkeitsmoment ist kein charakteristisches Merkmal dieser Darlehnsart. Der sein Geld ausleihende Kapitalist erstrebt einen Vermögensvortheil in der Gestalt von Zinsen, allein der vorzugsweise Vortheil dieses Geschäfts ist auf Seiten des Darlehnsschuldners, die Zinsen sind nur ein Ersatz für den dem Geber entgangenen Gebrauch seines Kapitals während der Vertragszeit, eine Vergütung für die Arbeit des Kapitals im Interesse des Empfängers. Das Leben theilt diese Auffassung vollkommen, und wir begegnen überall dem Rechtsbewußtsein, daß Kapital und Zinsen beim Darlehnsgläubiger zurück — bezw. zu zahlen sind („frei in die Hände des Gebers").

c) Schuldverhältnisse zu beiderseitigem Vortheile.

§ 9.

Es giebt eine Reihe von Schuldverhältnissen, die beim ersten Anblick als den Vortheil aller Betheiligten bezweckend erscheinen. Dahin gehören der Tausch- und Kaufvertrag, die Miethe und Pacht, der Dienst- und Werkvertrag, der Maklervertrag, die Auslobung, die Gesellschaft und die Gemeinschaft. Indessen dürfen wir uns mit dem Urtheil des ersten Blicks nicht zufrieden geben, müssen vielmehr die jedem Betheiligten zukommenden wirthschaftlichen Vortheile des Näheren untersuchen, und bei jedem Schuldverhältniß uns über das Moment klar werden, welches den Gesetzgeber bei der Wahl des Erfüllungsortes leiten soll.

1. Beim Tauschgeschäft liegt die Sache am Einfachsten und Klarsten. Hier wünscht jeder Betheiligte die Sache des andern zu haben und will für diese seine eigene hingeben. Mögen auch im Einzelfall die Bedürfnisse des einen Tauschers nach der Sache des andern stärker auftreten, als bei diesem, mögen die Interessen beider am Umtausch objektiv verschiedenartig sein, und mag auch der eine die Initiative ergriffen und die Verhandlungen lebhaft und dringend geführt haben, während der andere nur widerwillig gefolgt ist, so gilt doch in den Augen des Gesetzes, wie nach der Auffassung des Lebens, der Tauschvertrag als ein den Vortheil beider Contrahenten gleichmäßig bezweckender Vertrag. Daraus folgt für die Bestimmung des Erfüllungsorts die prinzipielle Gleichstellung beider Contrahenten, und der Gesetzgeber hat dann nur die Wahl, entweder jeden Theil zum Bringen der Sache an den andern zu verpflichten (Bringschuld) oder jeden Theil auf das Abholen der eingetauschten Sache vom andern Contrahenten zu verweisen (Holschuld). Nach unserer früher gefundenen Regel, wonach der einen Vortheil Erstrebende die zur Erreichung desselben erforderlichen Opfer selbst zu bringen hat, kann die Wahl des Gesetzgebers nicht zweifelhaft sein, und ist daher der Erfüllungsort der Verbindlichkeit eines jeden Tauschers am bisherigen Standort seine Sache.

2. Der Kaufvertrag. Wollte man dieses Schuldverhältniß ebenfalls als ein den Vortheil beider Contrahenten gleichmäßig bezweckendes ansehen, so müßte man bezüglich des Erfüllungsorts zu demselben Resultate gelangen, wie beim Tauschvertrag, der Verkäufer brauchte also die verkaufte Sache nur an deren bisherigem Stand-

orte zu liefern und müßte den Kaufpreis beim Käufer abholen, und der Käufer hätte die Waare beim Verkäufer abzuholen und brauchte das Kaufgeld nur bei sich zu zahlen. Dies ist auch die Ansicht des Reichsgerichts für den Handelskauf. Unbezweifelt ist, daß der Verkäufer die Waare nur bei sich zu liefern hat; dies gilt sowohl für das Handelsrecht, wie für das bürgerliche Recht. Für letzteres aber muß nach einem ganz entschiedenen Rechtsbewußtsein unseres Verkehrslebens prinzipiell angeordnet werden, daß, falls nichts Anderes vereinbart ist, die Zahlung des Kaufpreises ebenfalls beim Verkäufer zu geschehen habe, daß also der Käufer den Kaufpreis dem Verkäufer bringen müsse, und die Kaufpreisschuld eine Bringschuld sei. Um dies darzuthun, müssen wir die verschiedenen Kategorien der Kaufverträge im bürgerlichen Verkehr, einschließlich der Kaufgeschäfte, welche auf Seiten eines der Contrahenten Handelsgeschäfte sind (Art. 277 H. G. B.), einer Beleuchtung unterziehen.

a) Betrachten wir zunächst die Konsumtionskäufe, die der Haushaltungsvorstand oder ein Angehöriger für ihn mit einem s. g. offenen Geschäfte wegen Beschaffung von Waaren behufs Ernährung, Kleidung, Heizung, Ausstattung der Wohnung u. dgl. m. im Interesse der Familie schließt. Alle derartige Geschäfte sind auf das Prinzip gegründet, daß das waarenbedürftige Publikum den Laden aufsucht, die Waare sich aussucht, kauft und Zug um Zug zahlt. Ein prinzipielles Kreditiren der Kaufpreise auf längere Zeit würde den Ruin des Geschäfts herbeiführen, und müßte der Geschäftsinhaber auch noch gar die kreditirten Kaufpreise bei seinen Schuldnern abholen, und zu diesem Behufe persönlich früh Morgens seine Gänge antreten oder besondere Bedienstete dafür anstellen, so würden die damit verbundenen Kosten seinen Geschäftsverdienst weit übersteigen, und er müßte das Geschäft als unrentabel schließen. Dies würde nicht blos einzelne, sondern so ziemlich alle Geschäfte einer Stadt treffen, die Folge davon wäre ein völliges Verschwinden aller, oder doch eine Monopolisirung weniger Geschäfte, eine erhebliche Preissteigerung und Verschlechterung der feil gehaltenen Waaren, und damit eine grenzenlose Benachtheiligung des Publikums selbst. Es liegt daher im eigenen Interesse des kaufenden Publikums, daß die Zahlung solcher gekauften Waaren Zug um Zug, und im Falle ausnahmsweisen Kreditirens doch im Geschäftslokale stattfinde, und der Gesetzgeber nimmt sich nur dieses wichtigen Interesses des Publikums an, wenn er in Uebereinstimmung mit dem all-

gemeinen Rechtsbewußtsein von der Nothwendigkeit der Zahlung des Kaufgeldes beim Verkäufer die Kaufpreisschuld für eine Bringschuld erklärt. Bei der Betrachtung jener Vorgänge gewinnt man aber auch die Ueberzeugung, wie nothwendig für die Erhaltung der Bevölkerung solche Geschäfte sind, wie ihre Existenz von einem nicht zu beseitigenden Bedürfnisse des Publikums gebieterisch gefordert wird, wie sie dessen wichtigste Interessen fördern und befriedigen und wie sie vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus überhaupt nur dazu da sind, durch Vermittelung der Mittel zur Befriedigung der unabweisbaren Bedürfnisse des Publikums diesem die größten Vortheile zuzuwenden. Diesen Vortheilen gegenüber ist der Vortheil, der diesen Geschäften aus den einzelnen Kaufverträgen schließlich zufließt, von ganz untergeordneter Bedeutung. Aber der Verkehr mit seiner Konkurrenz sorgt schon dafür, daß dieser Vortheil kein übermäßiger ist, und wenn er auch in einzelnen Fällen in Folge von Konjunkturen und zahlreichen anderen Umständen ein erheblicher sein sollte, so gibt es auch Fälle genug, in welchen in Folge ungünstiger Umstände ein den Kostenpreis übersteigender Gewinn nicht erzielt wird, und sogar mit Schaden verkauft werden muß. Würde auf Geschäftsinhaber verwiesen, die im Laufe eines arbeitssamen Lebens zu einem großen Vermögen gelangt sind, so kann auf der anderen Seite wohl auch auf eine gleich große Zahl von Existenzen verwiesen werden, die es zu nichts gebracht haben oder wegen schlechter Geschäfte zu Grunde gegangen sind. Von der Gestaltung der einzelnen Kaufverträge muß daher ganz abgesehen werden, und vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus betrachtet ist das Kaufgeschäft als Verkehrsinstitut ein Geschäft zum ausschließlichen oder doch vorzugsweisen Vortheil des Käufers. Ist dies so, so verlangt das volkswirthschaftliche Gesammtinteresse, daß dem Verkäufer der Kaufpreis gebracht, und daß er nicht genöthigt werde, denselben bei seinen Schuldnern abzuholen. Das Opfer, welches sich der Käufer mit dem Bringen des Kaufpreises auferlegt, ist denn auch nur ein scheinbares, denn nur dadurch, daß er es sich auferlegt, wird ihm der Kauf und die Befriedigung seiner Bedürfnisse ermöglicht. Aber selbst im Einzelfall ist dasselbe nur von minimaler Bedeutung. In den überwiegend meisten Fällen zahlt er ja doch Zug um Zug, was bekanntermaßen seinen wirthschaftlichen Interessen am meisten entspricht, und ist er einmal genöthigt, einen Kredit in Anspruch zu nehmen, so „geht es in Einem hin,“ wenn er bei der nächsten Gelegenheit des Kaufens den kreditirten

Kaufpreis mitnimmt und zahlt. Das Gesagte trifft überall auch da zu, wo ein auswärtiger Haushaltungsvorstand das offene Geschäft einer Stadt aufsucht, kauft, die Waaren in Empfang nimmt und den Kaufpreis borgt.

Wir haben bisher den Fall betrachtet, in welchem Kauf und Lieferung der Waare im Geschäftslokale selbst stattfindet. Bei vielen Geschäften (Metzger, Bäcker, Kolonialwaarenhändler) kommt es aber auch vor, daß die mündlich, brieflich oder durch Boten bestellten Waaren durch das Dienstpersonal der Geschäfte den Kunden ins Haus gebracht werden. In diesen Fällen pflegt der Preis alsbald an den Ueberbringer bezahlt zu werden; wird er aber kreditirt, so muß ihn der Käufer später im Geschäftslokal bezahlen.

b) Auch das Markt- und Meßgeschäft ist auf das Verkehrsprinzip der Erfüllung Zug um Zug gegründet. Doch kommt auch bei ihm ein Kreditiren des Kaufpreises oder eines Theils desselben häufig vor, vielfach weil der Käufer des Kredits bedürftig ist, vielfach aber auch weil die alsbaldige Auszahlung des Kaufpreises dem berechtigten Interesse des Käufers widerstreitet. So pflegt bei Händeln mit Vieh auf Viehmärkten vereinbart zu werden, daß ein Theil des Kaufpreises erst nach Ablauf der Währschaftszeit bezahlt werden solle. Durch die Retention dieses Kaufpreistheils sucht sich der Käufer den Ersatz seines Schadens für den Fall zu sichern, daß das Kaufobjekt mit gesetzlichen Mängeln behaftet sei oder die zugesagten Eigenschaften nicht habe. Wo ist in solchen Fällen bei mangelnder Vereinbarung der Rest des Kaufpreises zu zahlen? Man darf nicht behaupten, der Marktort sei stillschweigend vereinbarter Erfüllungsort, oder es entspreche dem muthmaßlichen Willen der Betheiligten, daß hier gezahlt werde. Zwar gehen wohl die meisten Verkäufer mit der Vorstellung nach dem Markte, sich die Kaufpreise alsbald zahlen zu lassen, allein mit dem Kreditiren geben sie diese Vorstellung sofort auf. Die Kredit- oder retentionsbedürftigen Käufer aber gehen mit der Vorstellung zum Markte, den Kaufpreis oder einen Theil desselben nicht alsbald zu zahlen. Die Absicht, denselben in späterer Zeit an demselben Marktorte zu zahlen, werden nur die wenigsten Käufer haben und sie ist auch rechtlich in so lange ganz bedeutungslos, als sie nicht in die Erscheinung tritt. Nach aufgehobenem Markte pflegt der Marktort für beide Theile ein völlig interesseloser Ort zu werden. Denn der Bauer, der durch den Ankauf von Zugvieh beim Beginn der landwirthschaftlichen Arbeiten im Frühjahr seinen Bedarf auf lange Zeit

hinaus gedeckt hat, hat keine wirthschaftliche Veranlassung, einen der nächsten, in die Kreditzeit fallenden Märkte zu besuchen. Selbst der verkaufende Handelsmann erscheint nicht regelmäßig auf den folgenden Märkten, er besucht andere, auf dieselben Tage fallenden Märkte. Von wirklichem Interesse sind für die Betheiligten nur der Wohnort des Käufers und der Geschäftssitz des Verkäufers als Standorte ihres Baarvermögens. Daß die Wahl des Gesetzgebers nur auf letzteren Ort fallen kann, wird nach den unter a entwickelten Grundsätzen nicht bezweifelt werden können.

c) Aus Anlaß einer großen Konkurrenz und des dadurch hervorgerufenen Bestrebens, dem Publikum den Ankauf von Waaren so leicht wie möglich zu machen, hat sich im modernen Verkehr das Institut der sogenannten Reisenden herausgebildet, die im Auftrage ihrer Häuser das konsumirende Publikum direkt aufsuchen und von demselben käuflich Bestellungen entgegennehmen. Die Vortheile, die dem konsumirenden Publikum aus solchen direkten Käufen (mit Vermeidung der Zwischenhändler) erwachsen, liegen auf der Hand. In diesen Vorgängen dokumentirt sich zwar das Bestreben der verkaufenden Häuser, möglichst viel Geld zu verdienen, allein deswegen ziehen sie doch aus dem einzelnen Geschäfte keinen größeren Vortheil, als sie haben würden, wenn sich das Publikum mit Umgehung des Reisenden direkt an ihren Geschäfssitz wenden würde. Die Spesen der Reisenden erscheinen als Geschäftsunkosten, die bei der Kalkulation der Preise, wie alle andern Herstellungskosten, in Betracht gezogen werden. Auf die einzelnen Waaren vertheilt, bewirken sie in der Regel nur eine sehr minimale Erhöhung des Preises, die praktisch um so mehr verschwindet, als einestheils die Konkurrenz mit andern Geschäften und anderntheils der durch die Reisenden erheblich gesteigerte Waarenumsatz und damit vervielfachte Gewinn ein Herabdrücken der Preise auf das möglichst niedere Maß bewirkt bezw. zuläßt. Die wirthschaftliche Lage des Publikums wird von einer etwaigen Preiserhöhung durchaus nicht benachtheiligt, denn es kauft billiger als vom Zwischenhändler am Platze, und in der Regel besser, weil eine Großhandlung über eine bedeutend größere Auswahl zu verfügen hat, als der Detaillist. Auch in diesen Fällen gereicht also das Kaufgeschäft zum vorzugsweisen Vortheil des kaufenden Publikums, und werden wir daher annehmen müssen, daß der Kaufvertrag sowohl bezüglich der Lieferung der Waare, wie bezüglich der Zahlung des Kaufpreises beim Verkäufer zu erfüllen ist. Zwar sehen wir, daß

das verkaufende Haus nach Eingang der Bestellung die Waare von seinem Geschäftssitze aus dem Käufer zusendet, — und zu einem solchen Schicken ist es, wie später gezeigt werden soll, verpflichtet —, allein Erfüllungsort ist und bleibt der Geschäftssitz, und es erfüllt seine Verbindlichkeit in dem Momente, in welchem es die Waare abschickt. Auch pflegt in vielen Branchen bei einer gewissen Größe des bestellten Werthes der Verkäufer portofrei zu senden, doch geschieht dies nicht im Bewußtsein einer durch die rechtliche Natur des Kaufgeschäfts gebotenen Rechtspflicht, sondern als einschmeichelnde Gefälligkeit. Wenn es schließlich vielfach vorkommt, daß der zur Empfangnahme von Geldern bevollmächtigte Reisende bei seiner nächsten Anwesenheit am Wohnort des Kunden die Zahlung des inzwischen fällig gewordenen Kaufpreises entgegennimmt, so wird dies ebenfalls nur als eine freiwillige Erleichterung des Geschäftsverkehrs, und durchaus nicht als Ausfluß einer Rechtspflicht angesehen. Die äußere Gestalt dieser Fälle ist nun freilich so, daß der Verkäufer die gekaufte Waare unter Uebernahme der Transportkosten am Wohnort des Käufers abliefert und die Zahlung des Kaufgeldes unter Ersparung der Versendungskosten beim Käufer entgegennimmt, und diese äußere Gestalt hat vielfach zu der Annahme verleitet, daß der Kontraktsort und Wohnort des Käufers eigentlich Erfüllungsort sei, allein unsere nähere Betrachtung aller einschlagenden wirthschaftlichen Momente hat ergeben, daß dieselben auf den rechtlichen Erfüllungsort beim Kaufvertrag einen verschiedenen Einfluß nicht haben. Die Waare insbesondere reist immerhin noch auf Gefahr des Käufers, und mit ihrer Absendung hat der Verkäufer erfüllt. Und stellt das Haus diese Geschäftstour ein, oder entzieht es dem Reisenden die Vollmacht zur Gelderhebung, so muß der Käufer den Kaufpreis auf seine Gefahr und Kosten dem verkaufenden Hause zusenden, und erfüllt nicht schon mit der Absendung, sondern erst mit der Ankunft und Empfangnahme des Geldes am Bestimmungsort Seitens des Verkäufers.

Keinem Bedenken unterliegt hiernach die Bestimmung des Erfüllungsorts in den einfacheren Fällen, da der Käufer ohne besondere Einladung des Verkäufers, oder nur auf Grund einer in öffentlichen Blättern oder durch besonderes Zirkular erfolgten Einladung zum Waarenankauf brieflich und direkt sein Kaufangebot macht.

d) Anders scheint sich auf den ersten Anblick der Erfüllungsort beim Hausirhandel und bei den demselben gleichstehenden Geschäften

zu gestalten. Das eigenthümliche desselben besteht darin, daß der Verkäufer mit seinen Waaren das Publikum in dessen Häusern und Wohnungen aufsucht, ihm die Waaren selbst entgegenbringt und damit gleichsam sein Geschäft, Waarenlager und Kasse in jedem von ihm besuchten Hause aufschlägt oder errichtet. Auch hier gilt das Prinzip der Erfüllung Zug um Zug, und wenn der Verkäufer die Waare hier übergiebt, so bringt er sie nicht dem Käufer, sondern dieser holt sie vom Zwischen- oder Filiallager des Verkäufers ab, und wenn der Käufer hier zahlt, so holt der Verkäufer das Geld nicht beim Käufer, sondern dieser bringt es der Kassenfiliale des Verkäufers. Von praktischer Bedeutung wird dieser Gesichtspunkt namentlich dann, wenn es sich um die nachträgliche Lieferung einer Waare an Stelle der mit den vertragsmäßigen Eigenschaften nicht versehenen zuerst gelieferten handelt, oder wenn sich der Hausirer zur käuflichen Lieferung einer Gattungssache, die er gerade nicht bei sich hat, verpflichtet. In der Regel wird hier ein ausdrücklich oder stillschweigend bestimmter Erfüllungsort gegeben sein. Wenn nicht, so ist nicht etwa der heimische Geschäftssitz bezw. Wohnort des Hausirers Erfüllungsort — dies würde bei den meistens sehr geringfügigen Werthen der im Hausirhandel verkauften Waaren vielfach zu dem Resultat führen, daß die Kosten der Versendung vom Geschäftssitz nach dem Wohnort des Käufers den Werth des Kaufgegenstandes weit übersteigen — sondern beiderseitiger Erfüllungsort ist der Wohnort des Käufers, aber nicht als solcher, sondern weil er zur Zeit des Vertragsabschlusses Lager- und Kassafiliale des Verkäufers war, und für die Bestimmung des Erfüllungsorts die zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenen Umstände maßgebend sind.

Zu den dem Hausirhandel gleichstehenden Geschäften gehören auch die Kaufverträge, welche wir im Haushalt mit den Landleuten schließen, die mit ihren Boden- oder sonstigen landwirthschaftlichen Erzeugnissen uns aufsuchen, oder die uns zu käuflichen Bestellungen größerer Quantitäten von Holz, Braunkohlen, Kartoffeln, Obst u. dgl. in Wagenladungen auffordern. Beiderseitiger Erfüllungsort ist unser Haus, und wir haben daher nicht nöthig, die Kosten des Transports der Wagenladung vom Erzeugungsort dieser Landesprodukte nach unserer Wohnung zu tragen. Allein auch hier bringt uns der Verkäufer die Waare nicht und holt den Kaufpreis nicht von uns ab, sondern wir holen die Waare vom Wagen ab und bringen den Kaufpreis dem darauf wartenden Verkäufer.

e) Es giebt noch eine Reihe von Kaufverträgen, die ein besonderes Verkehrsgepräge nicht an sich tragen. So wenn wir Grundstücke, landwirthschaftliche oder Häuser, kaufen oder verkaufen, die im Haushalt entbehrlich gewordene Möbel verkaufen, den erforderlichen Wein vom Produzenten beziehen u. dgl. m. Zwar tritt hier nicht überall ein überwiegendes Interesse des Käufers am Kaufgeschäft in die Erscheinung, auch fallen bei dem Immobiliarverkäufen die Gefahr und die Kosten des Transports des gekauften Objekts weg, Standort und Bestimmungsort der beweglichen Sache und des Kaufpreises treffen meistens zusammen, die Uebergabe und Zahlung vollzieht sich in der Regel ohne die Gefahr und die Kosten eines Transports, die Unbequemlichkeiten des Bringens und Holens sind meistens geringfügiger Natur, und die von einem oder dem anderen Betheiligten dennoch zu bringenden Opfer sind wegen der verhältnißmäßigen Seltenheit solcher Kaufverträge im Leben des Einzelnen von keinem sonderlichen wirthschaftlichen Nachtheile. Der Gesetzgeber braucht daher, wenn er Regeln über die Bestimmung des Erfüllungsorts beim Kaufgeschäft aufstellen will, auf die Natur dieser verhältnißmäßig seltenen Kaufverträge keine besondere Rücksicht zu nehmen, und er kann insbesondere nicht den Richter anweisen, im Einzelfall darnach zu forschen, in wessen Interesse der Kaufvertrag vorzugsweise geschlossen wurde. Es muß ihm genügen, auf Grund seiner Kenntniß des wirthschaftlichen Lebens den Erfahrungssatz auszusprechen, daß der Kaufvertrag im Gesammtverkehr vorzugsweise den Vortheil des Käufers bezweckt. Aus diesem Grunde wird man daher insbesondere auch annehmen müssen, daß, wenn im Einzelfall weder ausdrücklich noch stillschweigend ein Zahlungsort vereinbart worden sein sollte, der Kaufpreis für gekaufte Immobilien dem Verkäufer gebracht werden muß, und die Gefahr und Kosten der Versendung desselben vom Käufer zu tragen sind.

3. Der Mieth- und Pachtvertrag bezweckt, freilich nicht in so umfassender Weise, wie der Kaufvertrag, die Befriedigung einer großen Anzahl dringender Bedürfnisse des Menschen. Wer nicht in der Vermögenslage ist oder es seinen Interessen nicht gemäß findet, sich ein Haus, landwirthschaftliche Grundstücke, Pferde und Wagen, Bücher und sonstige Sachen der dienenden Welt zu kaufen, kann sich durch jenen Vertrag den Gebrauch dieser gebrauchsfähigen Dinge für die Zeit seines Bedarfs oder eines Theiles derselben sichern. Vom Standpunkt der Volkswirthschaft aus bezweckt dieser Vertrag, gerade

wie der Kaufvertrag, vorzugsweise die Förderung der Interessen der Gebrauchsbedürftigen, der Miether und Pachter, und wir müssen daher schon deshalb zu dem allgemeinen Grundsatze gelangen, daß die beiderseitige Erfüllung dieses Vertrags insoweit, als bewegliche Sachen zu leisten sind, beim Vermiether und Verpachter zu geschehen hat. Betrachten wir die einzelnen Arten des Miethvertrags, wie sie im Verkehrsleben besonders häufig auftreten, so erkennen wir sofort, daß die Wahl eines anderen Orts zum Erfüllungsort den Gesammtverkehr in hohem Grade schädigen würde. Stehen Leihanstalten mit gewerbsmäßigem Betriebe (Bücher, Musikalien, musikalische Instrumente, Maschinen, Kleider u. dgl. m.) in Frage, namentlich solche, bei welchen der Miethpreis nach der Zeit des Gebrauchs berechnet zu werden pflegt, so würde bei ihnen (von einigen Ausnahmen abgesehen) die Verpflichtung des Vermiethers zum Bringen der zu vermiethenden Sachen und zum Abholen derselben und des Preises soviel Zeit, Arbeit und Kosten verursachen, daß das Geschäft garnicht oder nicht ordentlich oder nur mit Verlust betrieben werden könnte, die Kosten insbesondere würden so bedeutend sein, daß sie, auf den Miethpreis geschlagen, einen großen Kreis von Gebrauchsbedürftigen von der Benutzung dieser Anstalten abhalten würden. Andererseits übernimmt der Miether, der die gemiethete Sache abholt, sie nach gemachtem Gebrauch wieder zurück- und zugleich den Miethpreis mitbringt, nur unbedeutende Opfer, sie bestehen vielfach nur in zwei Gängen des Miethers oder seines Dienstboten zum Vermiether. Ist Hausmiethe oder Ackerpacht zu bezahlen, so wird das schuldige Geld ohne Kosten dem an demselben Orte wohnenden Vermiether oder Verpachter gebracht, und diese haben nicht nöthig, mehrere vergebliche Gänge zum Miether oder Pachter zu machen. Wohnt der Vermiether oder Pachter an einem anderen Orte, so kann das geschuldete Geld mit verhältnißmäßig geringen Portoauslagen durch die Post dem Gläubiger überbracht werden. Dies Alles rechtfertigt den Gesetzgeber vollkommen, wenn er für den Mieth- und Pachtvertrag die beiderseitige Erfüllung beim Vermiether und Verpachter anordnet.

4. Der Dienstvertrag erscheint, was nach Vorstehendem wohl nicht weiter begründet zu werden braucht, als ein Verkehrsinstitut, welches vorzugsweise die Förderung der Interessen des Dienstberechtigten bezweckt. Dies ergibt sich schon aus dem Begriff des Dienens. In den weitaus meisten Fällen wird sich der Ort der Leistung der vereinbarten Dienste schon aus der Beschaffenheit der-

selben oder aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung ergeben; wenn im Einzelfall nicht, so braucht der Dienstverpflichtete seine Dienste nur da zu leisten, wo er den allgemeinen Sitz seiner desfallsigen Thätigkeit aufgeschlagen hat, und braucht auch die ihm übergebene Sache, an welcher er seine Dienste bethätigt hat, nur hier zurückzugeben. Ebenso wird auch in der Regel für die Zahlung der vereinbarten Vergütung ein bestimmter Ort gegeben sein. Wenn im Einzelfall nicht, so ist sie dem Dienstverpflichteten zu bringen, dies jedoch mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß hierfür zunächst der Ort der dauernden Dienstthätigkeit desselben maßgebend ist. Wenn beispielsweise die im Dorfe A wohnenden Maurergesellen mit einem Arbeiterzuge täglich morgens früh nach der mehrere Stunden entfernten Stadt Z fahren, den Tag über hier in Lohn arbeiten und Abends zurückkehren, so können sie am Schluß der Woche die Zahlung ihres Lohnes in Z auf dem Bauplatze (oder einer benachbarten Zahlungsstelle) verlangen, sie können dagegen nicht die Zahlung an ihrem Wohnorte fordern, und ebensowenig kann man sie auf die Empfangnahme ihres Wochenlohnes an einer entfernteren, auf dem Wege nach dem Bahnhofe nicht gelegenen Zahlungsstelle verweisen.

5. Beim Werkvertrag hat, falls nichts Anderes vereinbart ist, der Besteller die ihm obliegende Gegenleistung nach Herstellung des Werks bei der Abnahme desselben zu bewirken (§ 573 Entw.). Der Uebernehmer braucht das Werk nicht aus der Hand zu geben, bevor er die Gegenleistung empfangen hat; zur Ausfolgung des Werks ist er nur Zug um Zug gegen Entrichtung der Gegenleistung verpflichtet (Mot. S. 492). Entscheidend für den Ort der Zahlung der Vergütung ist daher zunächst der Ort der Ablieferung des Werks. Dieser wird meistens durch die Beschaffenheit der Leistung oder durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung bestimmt sein; wenn im Einzelfall nicht, so kommen die Grundsätze des Dienstvertrages zur Anwendung.

6. Daß beim Mäklervertrag die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung (Mäklergebühr) eine Bringschuld sei, kann nach der Natur dieses Vertrages nicht bezweifelt werden.

7. Die Auslobung. Darüber, wo die Herstellung des in der öffentlichen Bekanntmachung bezeichneten Werks oder die Vornahme einer sonstigen darin bezeichneten Handlung zu erfolgen hat, läßt sich ein allgemeiner Grundsatz nicht aufstellen. Es kommt alles auf die Beschaffenheit oder nähere Bezeichnung des Werks oder der sonstigen

Handlung an. Jedenfalls ist die geschehene Vollbringung derselben dem Auslobenden an dessen Wohnort oder Geschäftssitz anzuzeigen und nach Thunlichkeit zu begründen und zu beweisen. Auch darüber, wo die Belohnung zu zahlen ist, kann ein allgemeiner Grundsatz nicht aufgestellt werden, denn es gibt Fälle, in welchen es sich bei der Auslobung gar nicht um einen Vortheil des Auslobenden handelt, dann auch Fälle, wo es sich lediglich um den Vortheil des Vollbringenden handelt, ferner Fälle, in welchen der Vortheil des Auslobenden ein sehr großer, die dem Vollbringer zugesagte Belohnung eine geringfügige ist, und schließlich Fälle, in welchen sich die beiderseitigen Vortheile ziemlich gleichstehen. Es muß also in jedem Einzelfalle die Frage des ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheils untersucht und entschieden werden, um zu bestimmen, ob die Belohnung beim Vollbringer oder beim Auslobenden zu zahlen ist.

8. Die Gesellschaft bezweckt den Vortheil aller Betheiligten. Sollte im Einzelfalle nicht vereinbart sein, an welcher Stelle die Beiträge zu leisten und die sonstigen Verbindlichkeiten der Gesellschafter zu erfüllen sind, so braucht jeder es nur bei sich zu thun.

9. Auch die Gemeinschaft (§ 762 ff. Entw.) bezweckt die gleichmäßige Wahrung der Interessen aller Theilhaber und es braucht mithin ein Jeder seinen Antheil an den gemeinschaftlichen Lasten und Kosten nur bei sich zu zahlen.

d) Schuldverhältnisse ohne Vortheil.

§ 10.

Es giebt zwei Kategorien von Schuldverhältnissen, welche weder dem Gläubiger noch dem Schuldner einen Vortheil gewähren. Die eine hat den Ersatz eines Schadens, die andere die Herausgabe einer Bereicherung zum Gegenstande. Einen Schaden ersetzen heißt im Allgemeinen, einen Beschädigten in diejenige Vermögenslage bringen, in welcher er sich befinden würde, wenn das beschädigende Ereigniß nicht eingetreten wäre. Damit ist auch der Erfüllungsort gegeben. Wer eine Sache gestohlen, geraubt oder unterschlagen hat, muß sie dem Beschädigten an deren Standort zurückbringen, einerlei ob sie hier oder an einem andern Orte entzogen worden war. Wer aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung einen Andern an seinem Körper oder seiner Gesundheit verletzt hat, muß die Schadensersatzsumme dem Verletzten an dessen Wohnort bringen Eine Bereicherung herausgeben heißt, Dasjenige, um was das Ver-

mögen des Empfängers in ungerechtfertigter Weise vermehrt ist, so, wie es dermalen ist, herausgeben. Auch damit ist der Erfüllungsort gegeben. Ist der herauszugebende Gegenstand eine individuell bestimmte Sache, so braucht sie nur da geleistet zu werden, wo sie sich befindet, und ist er Geld, so ist der Standort des Baarvermögens des Schuldners Erfüllungsort.

c) Schuldverhältnisse mit Nebenvortheil.

§ 11.

Wir haben uns bisher mit solchen Schuldverhältnissen beschäftigt, welche, für sich allein betrachtet, einem oder dem andern, oder allen Betheiligten einen Vortheil gewähren oder nicht gewähren. Allein es giebt auch Schuldverhältnisse, welche zu einem konkreten Schuldverhältnisse in eine gewisse rechtliche Beziehung oder Verbindung treten. Solche Schuldverhältnisse sind beispielsweise die Bürgschaft und der Vergleich. Wo ist bei ihnen zu erfüllen?

1. Die Bürgschaft. Durch die Bestellung eines Bürgen erhält der Gläubiger eine größere Sicherheit seiner Forderung, also ein wirthschaftliches Gut, dessen Werth je nach dem Grade der Solvenz und des Zahlenwollens des Schuldners ein größerer oder geringerer ist. Je niedriger jener Grad, von um so höheren Werthe ist die solide Bürgschaft, und umgekehrt. Die Bürgschaft bezweckt daher, an sich betrachtet, immer einen Vortheil für den Gläubiger und nicht für den Bürgen als Schuldner, mag auch das Hauptschuldverhältniß keinen Vortheil für den Gläubiger haben. Dürften wir daher bei der Bestimmung des Erfüllungsorts der Bürgschaft lediglich dieses Nebenschuldverhältniß als selbständige Schuld zu Grunde legen, so müßten wir zu dem Resultate gelangen, daß der Bürge stets nur bei sich zu erfüllen, daß er nicht zu bringen, sondern daß der Gläubiger zu holen habe. Von dieser Auffassung ging auch das Reichsgericht bei seiner Entscheidung über den Erfüllungsort der Bürgschaft aus [18]). Ich halte jedoch diese Auffassung nicht für richtig. Denn die Bürgschaftsobligation muß, insoweit nicht kontraktliche Bestimmungen ihr einen gewissen selbständigen Charakter verleihen, stets nur als accessorische Schuld aufgefaßt und behandelt werden, und es ergiebt sich daher schon hieraus die Nothwendigkeit, daß ihr Erfüllungsort am Ort der Erfüllung der Hauptschuld sei, und dies für das Recht

[18]) R. G. Entsch. Bd. 10 S. 283.

des Entwurfs um so mehr, als § 672 desselben bestimmt, daß der Bürge für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in deren jeweiligem Bestande und Umfange hafte.

Dies trifft freilich nur für diejenigen Fälle zu, in welchen die Bürgschaft zunächst und vorzugsweise im Interesse des Schuldners gestellt wurde, im Auftrag oder in nützlicher Führung der Geschäfte desselben, wenn sie gestellt wurde, um demselben den Abschluß des Hauptgeschäfts mit dem Gläubiger überhaupt zu ermöglichen oder ferneren Kredit zu gewähren. Wenn der um ein Darlehn Angegangene erklärt, er wolle es dem Nachsuchenden wohl geben, wenn derselbe ihm durch Stellung eines geeigneten Bürgen Sicherheit für die demnächstige Rückzahlung des Geldes verschaffe, so will er sich damit keineswegs einen über die wirthschaftliche Natur des Darlehns hinausgehenden Vortheil zuwenden, er will vielmehr nur Das haben, was der Schuldner als sorgfältiger und redlicher Kontrahent schon von selbst gewähren muß, nämlich Sicherheit der Forderung des Gläubigers. Das unter Stellung eines Bürgen geschlossene Darlehnsgeschäft ist daher gerade so zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Schuldners geschlossen, wie das ohne Bürgschaftsleistung von einem soliden Darlehnsempfänger geschlossene, und wenn der Gläubiger demnächst das Darlehn vom Bürgen zurückfordert, so verschafft er sich damit keinen größeren Vortheil, als wenn er sein Geld von dem Hauptschuldner einfordern würde. Ganz anders liegt die Sache, wenn sich Jemand lediglich im Interesse des Gläubigers für einen Schuldner verbürgt, wenn er ihm, dem Gläubiger, mit der Verbürgung ein Geschenk machen will. Hier involvirt die Bürgschaft einen wahren Vortheil für den Gläubiger, und diese Bürgschaft unterliegt alsdann, was die Bestimmung des Erfüllungsorts betrifft, den Grundsätzen der Schuldverhältnisse zum Vortheil des Gläubigers, so daß beispielsweise der Bürge für ein Darlehn dieses nicht beim Gläubiger, sondern bei sich zu zahlen hat. In jenen Fällen aber folgt die Bürgschaft der Hauptschuld, der Darlehnsbürge beispielsweise hat seine Verbindlichkeit am vereinbarten Erfüllungsorte, und in dessen Ermangelung beim Gläubiger zu erfüllen, und der Hinterlegungsbürge hat den durch depositum irregulare hinterlegten Geldbetrag am Aufbewahrungsort zu geben.

2. Der **Vergleich** bezweckt für jeden der Betheiligten insofern einen Vortheil, als das bisher streitige und ungewisse Rechtsverhältniß nunmehr außer Streit und Ungewißheit gesetzt ist (§ 666 Entw.).

Läßt der Vergleich das ursprüngliche Rechtsverhältniß bestehen oder setzt er ein neues Schuldverhältniß an Stelle des früheren streitigen und ungewissen Schuldverhältnisses, so entscheidet die wirthschaftliche Natur des durch den Vergleich beibehaltenen oder angenommenen Schuldverhältnisses über den Erfüllungsort. War z. B. vom Kläger ein Darlehn behauptet, vom Beklagten überhaupt oder als Darlehn bestritten und die Schuld als Kaufpreisschuld nachgegeben, bezüglich dieser aber klageabweisende Einreden vorgeschützt worden, und vergleichen sich die Parteien dahin, daß die Hälfte der eingeklagten Summe als Darlehn geschuldet werden solle, so ist die Vergleichsschuld als Darlehnsschuld anzusehen, welche demnächst beim Gläubiger erfüllt werden muß. Lassen es aber die Parteien absichtlich unentschieden, ob die Schuld Darlehns- oder Kaufschuld sei, nehmen sie ihre desfallsigen Behauptungen und Einwendungen zurück und begnügen sich mit der Vereinbarung, daß Beklagter an einem bestimmten Tage eine bestimmte Summe zahlen solle, so entbehrt diese Vergleichsschuld eines materiellen Charakters, es ist nicht ersichtlich, ob sie vorzugsweise den Vortheil des Klägers oder den des Beklagten bezweckt, und der Gläubiger wird daher die Vergleichssumme demnächst beim Schuldner abholen, und dieser sie nicht jenem bringen müssen.

4. Nachträgliche Veränderungen.

§ 12.

In der bisherigen Darstellung wurde der Erfüllungsort bestimmt auf Grund der thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, wie sie zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses bestanden haben. Daß diese Zeit für die Regel maßgebend sein muß, und daß nachträgliche Veränderungen in thatsächlicher oder rechtlicher Beziehung regelmäßig einflußlos sein müssen, wird nicht bezweifelt werden können, wenn man erwägt, daß nach feststehenden wirthschaftlichen Grundsätzen der bürgerliche Rechtsverkehr sich regelmäßig nur in mäßigen geographischen Kreisen und Grenzen bewegt und bewegen kann, und daß derselbe vielfach durch Rücksichten auf Oertlichkeiten bestimmt wird. Wenn gleich die Kontrahenten in ihren Gedanken nicht so weit gehen, sich Erfüllungsorte zu schaffen, so fixiren sie doch für die Abwickelung ihrer Geschäfte gewisse räumliche und örtliche Punkte, und wenn so auf einem gewissen geographischen Gebiet sich täglich tausende und abertausende von Geschäften ohne Differenzen abspielen, so hat das contrahirende Publikum gar keine Veranlassung, an einen möglichen

Streit über den Erfüllungsort zu denken, oder hierfür auch nur die geringste Vorsicht zu gebrauchen. Für den Gesetzgeber aber liegt Veranlassung vor, sich dieser Ortsinteressen anzunehmen, und wenigstens Das als Regel aufzustellen, daß die zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses obwaltenden Verhältnisse und Umstände für die Bestimmung des Erfüllungsorts maßgebend seien. Der hiernach sich ergebende Erfüllungsort darf daher durch die Uebertragung der Forderung oder durch den Tod des Gläubigers oder Schuldners und deren Beerbung durch anderswo wohnende Erben keine Veränderung erleiden.

Der entschuldbare Irrthum eines oder des andern Kontrahenten über maßgebende Oertlichkeiten, sowie der Betrug kann in den geeigneten Fällen zur Ungültigkeit des ganzen Geschäfts führen. Die nähere Erörterung der hier einschlagenden Fragen gehört in das Gebiet der Mängel der Willenserklärung. Hier sei nur hervorgehoben, daß wenn die Umstände, unter welchen ein Schuldverhältniß eingegangen wird, auf gewisse maßgebende Oertlichkeiten schließen lassen, derjenige Kontrahent, der eine abweichende Oertlichkeit für sich in Anspruch nimmt, zur desfallsigen Anzeige verpflichtet ist.

Von der oben aufgestellten Regel der maßgebenden Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses müssen aber, wie bereits das Römische Recht gethan hat, Ausnahmen gemacht werden. Was soll Rechtens sein, wenn die geschuldete individuell bestimmte Sache im Laufe des Bestandes des Schuldverhältnisses den Ort ihrer Lage verändert, oder wenn der Schuldner oder Gläubiger einer generisch bestimmten Sache nachträglich den Standort seines desfallsigen Vermögens wechselt und dieses an einen anderen Ort verlegt? Soviel ist von vornherein klar, daß eine solche Ortsveränderung eine den Erfüllungsort verändernde Wirkung nicht haben kann, wenn sie in Folge eines Verschuldens des Betheiligten, für welches er nach Inhalt und Charakter seiner Verpflichtung einzustehen hat, oder nach eingetretenem Verzuge seinerseits erfolgte. Wie aber, wenn ein solches Verschulden nicht begründet ist? Hier muß man zunächst unterscheiden zwischen den Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Gläubigers (und den diesen gleichgestellten Schuldverhältnissen) einerseits und den Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Schuldners andererseits. Bei ersteren spricht ihre ganze Natur und die Billigkeit dafür, daß die ohne Verschulden des Schuldners an einen andern Ort gelangte indi-

viduell bestimmte Sache auch nur an letzterem Orte zu leisten ist. Die Gefahr der Ortsveränderung trifft den Gläubiger. Wird eine generisch bestimmte Sache geschuldet, so kann man dem Schuldner die Verlegung des Standortes seines desfallsigen Vermögens nicht verwehren, allein es liegt ihm doch ob, dem Gläubiger von der Absicht der Verlegung dieses Standorts rechtzeitig Kenntniß zu geben, damit derselbe das Schuldverhältniß durch Einforderung der geschuldeten Sachen lösen kann. Beläßt er trotzdem die Sache dem Schuldner, so willigt er damit in die Verlegung des Erfüllungsorts ein. Bei den Schuldverhältnissen zum Vortheil des Schuldners dagegen trägt dieser die Gefahr der Ortsveränderung der geschuldeten individuell bestimmten Sache, der Entleiher einer Sache beispielsweise hat dieselbe, falls sie gestohlen und hierdurch an einen weit entfernten Ort gebracht worden war, trotzdem und auf seine Kosten dem Verleiher zu bringen. Eine Veränderung des Wohnorts des Schuldners einer generisch bestimmten Sache als Standort seines desfallsigen Vermögens hat selbstverständlich gar keinen Einfluß, der Darlehnsschuldner beispielsweise hat nach wie vor seine Schuld beim Darlehnsgläubiger zu erfüllen. Verändert aber der Gläubiger seinen Wohnsitz und somit den Standort seines in Frage stehenden Vermögens, so darf hierdurch meines Erachtens der ursprüngliche Erfüllungsort zum Nachtheil des Schuldners nicht verändert werden.

Bei den Schuldverhältnissen zum Vortheil beider Theile (Tausch), bei welchen jeder Betheiligte abzuholen hat, sowie bei den auf Herausgabe einer Bereicherung gerichteten Schuldverhältnissen trägt der Forderungsberechtigte, bei den Schuldverhältnissen auf Schadensersatz der Schuldner die Gefahr der Ortsveränderung, in den ersteren Fällen jedoch nach Maßgabe der von den Schuldverhältnissen zum Vortheil des Gläubigers, und in den letzteren Fällen nach Maßgabe der von den Schuldverhältnissen zum Vortheil des Schuldners geltenden Grundsätze.

B. Kritik und Vorschlag.

I. Aeußere Gestalt.

§ 13.

Der Entwurf hat die ganze Lehre vom Erfüllungsort in zwei kurzen Paragraphen (§§ 229, 230) zusammen gedrängt. Wünschenswerth wäre es, wenn dieselben das gesammte positive und wissenschaftliche Material enthielten, welches erforderlich ist, um den wissenschaft-

lich gebildeten Juristen in den Stand zu setzen, die ihm vorkommenden Erfüllungsortsfälle richtig zu entscheiden. Allein sie enthalten dieses Material bei Weitem nicht, und es ist auch schlechterdings unmöglich, mag man bei der Darstellung auch noch so ökonomisch zu Werke gehen, das erforderliche Material in jenem bescheidenen Raume unterzubringen. Der Erfüllungsort ist ein Rechtsinstitut, welches bei jedem und jedem der zahlreichen Schuldverhältnisse zur Erscheinung gelangt, und diese sind von so außerordentlich verschiedener Natur, die zu berücksichtigenden Interessen der Betheiligten sind so widersprechend, die zur Erscheinung gelangenden Oertlichkeiten so mannigfaltig und die Gegenstände der geschuldeten Leistungen so leicht dem Wechsel des Orts unterworfen, daß eine viel breitere und detaillirtere Behandlung dieser Lehre im Gesetz geboten ist, wie etwa bei der Lehre von der Erfüllungszeit mit ihren einfachen Verhältnissen und Gesichtspunkten. Die Raumökonomie muß daher ganz entschieden in den Hintergrund treten. Detailbestimmungen sind zwar selbstverständlich so viel als möglich zu vermeiden, und wir werden uns darüber klar sein, daß der Gesetzgeber möglichst allgemeine Rechtsgrundsätze aufzustellen und ihre Anwendung auf das Leben dem Richter zu überlassen hat. Der Entwurf hat die Richtigkeit dieser Methode erkannt und hat darum fünf solcher allgemeinen Rechtsgrundsätze aufgestellt. „Ist der Ort an welchem die Leistung zu bewirken ist, so sagt er (§ 229),

1. weder durch Gesetz,
2. oder Rechtsgeschäft,
3. noch durch die Beschaffenheit der Leistung bestimmt, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, welcher
4. der Natur des Schuldverhältnisses und
5. dem muthmaßlichen Willen der Betheiligten entspricht."

In der Meinung, daß diese Regeln nicht für alle Fälle genügten, hat der Entwurf noch zwei subsidiäre Erfüllungsorte aufgestellt, nämlich

6. den Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses, und
7. für Geldzahlungen den Wohnsitz des Gläubigers zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses.

Mag man auch an den drei ersten Bestimmungsgründen (Gesetz, Rechtsgeschäft d. h. doch wohl: ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung bezw. Willenserklärung und Beschaffenheit der Leistung) nichts Wesentliches auszusetzen haben, so ist doch zunächst die „Natur des Schuldverhältnisses" eine ganz räthselhafte Existenz. Die Motive

sagen uns nicht mit einer Silbe, was unter dieser Natur des Schuldverhältnisses zu verstehen sei. Ich bin ja, wie die vorausgehenden Erörterungen darthun, auch der Ueberzeugung, daß die wirthschaftliche (thatsächliche) und rechtliche Natur der Schuldverhältnisse den Erfüllungsort bestimmen hilft, aber ich habe doch diese Natur zu ergründen und festzustellen gesucht. Der Richter der Zukunft wird, wenn Gesetze und Motive ihn über diese Natur völlig im Dunkeln lassen, auf seine eigenen wissenschaftlichen Forschungen angewiesen sein, und es werden sicherlich viele Jahrzehnte vergehen, bis es der Rechtssprechung und theoretischen Arbeiten gelingen wird, eine halbwegs sichere Begründung jener Natur der Schuldverhältnisse zu erzielen. Das ist aber ein Zustand, den die Praxis nicht vertragen kann und dem daher durch unser bürgerliches Gesetzbuch vorgebeugt werden muß. Eine Rechtssprechung durch das Reichsgericht wird sich kaum bilden können, da durch den fünften Bestimmungsgrund des Erfüllungsorts, den muthmaßlichen Willen der Betheiligten, der Weg zum Reichsgericht fast vollständig verlegt wird. Der muthmaßliche Wille der Betheiligten ist ein faktischer Zustand und keine Rechtsnorm, er entzieht sich daher der Nachprüfung in der Revisionsinstanz. Das aber unterliegt für jeden mit der Praxis der Vorinstanzen Vertrauten keinem Zweifel, daß dieselben in allen dunkeln Fällen, wenn ihnen die räthselhafte Natur des Schuldverhältnisses keinen Ausweg bietet, den muthmaßlichen Willen der Betheiligten heranziehen werden, und dies um so mehr, als die Motive gestatten, zur Annahme desselben im Einzelfall auf Treu und Glauben zu verweisen. Diese Zustände sind unerträglich und es erwächst daher dem Gesetzgeber die Pflicht, Dasjenige klar und deutlich auszusprechen, was er unter der Natur des Schuldverhältnisses verstanden haben will. Die subsidiären Erfüllungsorte (6 und 7) sind nur geeignet, die allergrößte Verwirrung anzurichten. Es ist nicht denkbar, daß irgend ein Schuldverhältniß keine „Natur" habe. Nimmt aber das Gesetz für gewisse Schuldverhältnisse dennoch eine Nichtnatur an und giebt dabei nicht zu verstehen, welche Schuldverhältnisse dies sein sollen, so wird sich der Richter ganz gewiß der Mühe der Erforschung jener Natur nicht unterziehen und dann sofort zu den subsidiären Erfüllungsorten greifen. Dann aber würde der Entleiher einer Sache oder der Empfänger eines Fruchtdarlehns die geschuldeten Objekte nur an seinem Wohnsitz zurückzugeben und der Gläubiger sie hier zu holen haben, und der Beauftragte, der Geschäftsführer ohne Auftrag,

der Alimentenverpflichtete und der mit einem Vermächtniß beschwerte Erbe die geschuldeten Gelder den betreffenden Gläubigern zu bringen haben, Resultate, die unserer Rechtsüberzeugung aufs Grellste widersprechen.

Aus Vorstehendem ergiebt sich für den Gesetzgeber die Nothwendigkeit einer breiteren und eingehenderen Behandlung der Lehre vom Erfüllungsort, welche in Nachfolgendem versucht werden soll.

II. Inhalt.

1. Begriff und Arten des Erfüllungsorts.

§ 14.

Der Entwurf hat eine Bestimmung des Begriffs des Erfüllungsorts nicht gegeben. Man muß ihm hierin beistimmen. Nicht deshalb, weil sich der Begriff von selbst ergiebt oder seine Bestimmung unpraktisch wäre, sondern deshalb, weil eine solche Begriffsbestimmung vorzugsweise in das Gebiet der wissenschaftlichen Thätigkeit gehört. Wir werden im Laufe unserer Darstellung erkennen, daß der Erfüllungsort zwei Bedeutungen hat, und um diese Erkenntniß vorzubereiten, will ich meine Ansicht über diesen Punkt hier aussprechen.

Im Allgemeinen ist der Erfüllungsort oder der Ort der Leistung derjenige Ort, an welchem die geschuldete Leistung vorgenommen werden muß oder darf. Dieser allgemeine Erfüllungsort zerfällt in zwei spezielle Erfüllungsorte. Der eigentliche Erfüllungsort ist der Ort, an welchem der Schuldner die geschuldete Leistung vornehmen muß und darf, bezw. der Gläubiger ihre Vornahme fordern darf und sie annehmen muß. Uneigentlicher Erfüllungsort ist theils der Ort, an welchem der Schuldner leisten darf, nicht muß, bezw. der Gläubiger annehmen muß, nicht fordern darf; theils der Ort, an welchem der Gläubiger fordern darf, nicht annehmen muß, bezw. der Schuldner leisten muß, aber nicht anbieten darf.

Das Leben kennt kumulativ und alternativ verbundene Erfüllungsorte. Der Entwurf hat ihrer nicht erwähnt. Die Motive besagen nur, daß, falls für ein Schuldverhältniß mehrere Leistungsorte bestimmt seien, durch Interpretation festzustellen wäre, ob die Nennung der mehreren Orte kumulativ oder alternativ gedacht sei, desgleichen nach welchen Theilen ersteren Falls die Leistung an den verschiedenen Orten zu bewirken sei. Stehe aber fest, daß die Leistung an dem einen oder dem andern Orte zu bewirken sei, so liege ein Fall einer Alternativobligation vor. Man kann im Zweifel darüber sein, ob

sich die Aufnahme einer Bestimmung über diese Arten des Erfüllungsorts im Gesetzbuch empfehle. Wäre der Entwurf überhaupt breiter angelegt, so würde ich diese Aufnahme befürworten, wie ja denn auch eine Reihe neuerer Gesetze und Entwürfe es gethan haben. So aber möchte ich im Interesse der Oekonomie davon absehen. Nach gemeinem Recht kann bei alternativer Ortsbestimmung das Wahlrecht dem Gläubiger oder Schuldner überlassen werden. Ist in dieser Hinsicht nichts bestimmt, so steht das Wahlrecht bei Vertragsobligationen dem Schuldner, bei Vermächtnissen dem Legatar zu. Im Fall des Verzugs des Gläubigers oder Schuldners finden die Bestimmungen über die Wirkungen desselben auf das Wahlrecht überhaupt sachentsprechende Anwendung. Bei kumulativer Ortsbestimmung wird die geschuldete theilbare Leistung an allen Orten zu gleichen Theilen geschuldet, die untheilbare im Zweifel alternativ an einem oder dem andern dieser Orte.

2. Bestimmungsgründe des Erfüllungsorts.

§ 15.

Es giebt vier und nur vier den Erfüllungsort bestimmende Gründe: der Ort der Lage einer unbeweglichen Sache, das Gesetz, der Wille der Betheiligten und die Natur der Schuldverhältnisse.

Ein unabänderlicher und nicht verschiebbarer Erfüllungsort ist bei denjenigen Schuldverhältnissen gegeben, welche eine bestimmte unbewegliche Sache zum Gegenstand der geschuldeten Leistung haben, wie die Uebergabe eines verkauften oder verpachteten Grundstücks. Dies ist so selbstverständlich, daß es einer Aufnahme in ein knapp angelegtes Gesetzbuch nicht bedarf. Der Entwurf hat dies denn auch nicht unmittelbar gethan, sondern spricht von der „Beschaffenheit der Leistung" als eines Bestimmungsgrundes. Dieser Begriff geht weiter als der der Unbeweglichkeit der Leistung und streift vielfach das Gebiet der Ortsvereinbarung, indessen werden aus dem Mangel gehöriger Bestimmtheit wohl kaum praktische Nachtheile entstehen. — Das Gesetz kann im Gegensatz zum Willen der Betheiligten und zur Natur der Schuldverhältnisse durch positive Bestimmungen für gewisse Schuldverhältnisse einen besonderen Erfüllungsort einführen, daß aber für den bürgerlichen Rechtsverkehr ein gegründeter Anlaß hierzu vorliegt, möchte zu bezweifeln sein. — Der Wille der Betheiligten kommt im Rechtsgeschäft zur Erscheinung; aber er muß zur Erscheinung gelangt und nicht ein bloß innerer geblieben sein, wenn er Beachtung verdienen soll; er muß ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein.

Der sogenannte muthmaßliche Wille der Betheiligten ist schlechterdings zurückzuweisen; nirgends sind die Gefahren der Willkür und Oberflächlichkeit größer als bei der Erforschung dieses muthmaßlichen Willens. — Der vierte Bestimmungsgrund des **Erfüllungsorts** ist die wirthschaftliche und rechtliche Natur der Schuldverhältnisse. Was meiner Ansicht nach darunter zu verstehen ist, habe ich in den §§ 6 ff. gezeigt. Dies ist der innerste Kern der ganzen Lehre. Wenn wir uns jetzt vor der Schwelle des bürgerlichen Gesetzbuchs hierüber nicht klar werden, so haben alle einzelnen Bestimmungen über den Erfüllungsort keinen wissenschaftlichen Werth, sie würden Fragmente sein und bleiben, die uns keine innere Befriedigung gewähren. Die von mir gefundenen und aus dem Römischen Rechte herstammenden Prinzipien sind ja vielleicht unrichtig, allein sie sind doch, wie ich gewiß hoffen darf, mindestens einer Kritik und des Versuchs eines Ersatzes durch andere, die richtigen, werth.

Bei der Darstellung der Natur des Schuldverhältnisses halte ich es im Interesse der Vollständigkeit und Klarheit für geboten, die allgemeinen Regeln und die Regeln für ihre Anwendung auf die einzelnen Kategorien der Schuldverhältnisse äußerlich getrennt zu halten. Ich beantrage daher:

die Worte: „und dem muthmaßlichen Willen der Betheiligten" im § 229 zu streichen, im Uebrigen aber die Fassung des Entwurfs beizubehalten, so daß derselbe lauten würde:

§ 229.

Ist der Ort, an welchem die Leistung zu bewirken ist, weder durch Gesetz oder Rechtsgeschäft noch durch die Beschaffenheit der Leistung bestimmt, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, welcher der Natur des Schuldverhältnisses entspricht.

Hierbei gelten im Allgemeinen folgende Regeln:

1. Bei denjenigen Schuldverhältnissen, welche nur einem Betheiligten ausschließlich oder vorzugsweise einen Vortheil gewähren, soll die Leistung an demjenigen Orte stattfinden, an welchem sie ohne weiteren Nachtheil für den belasteten Betheiligten geschehen kann, und zwar braucht
   a) bei Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Gläubigers

der Schuldner die Leistung nur da vorzunehmen, wo er sie ohne weiteren Nachtheil (ohne besondere Opfer zu bringen) vornehmen kann, und der Gläubiger muß die Leistung an diesem Orte in Empfang nehmen. Der Erfüllungsort ist beim Schuldner;

b) bei Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Schuldners braucht der Gläubiger die Leistung nur da anzunehmen, wo er sie ohne weiteren Nachtheil (ohne besondere Opfer zu bringen) annehmen kann, und der Schuldner muß an diesem Orte leisten. Der Erfüllungsort ist beim Gläubiger.

2. Bei denjenigen Schuldverhältnissen, welche jedem Betheiligten einen Vortheil gewähren, braucht der Schuldner nur bei sich zu erfüllen, und
3. bei denjenigen Schuldverhältnissen, welche keinem Betheiligten einen Vortheil gewähren, hat der schadensersatzpflichtige Schuldner beim Gläubiger, der zur Herausgabe einer Bereicherung verpflichtete bei sich zu erfüllen.

§ 229a.

Im Einzelnen gilt bei den Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Gläubigers:[19])

1. Wird eine individuell bestimmte Sache geschuldet, so ist sie da zu leisten, wo sie sich zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses befand oder befinden sollte bzw. wohin sie verbracht werden sollte oder durfte. Ihr rechtmäßiger Aufenthaltsort ist Erfüllungsort.

   Gelangt sie in der Folge ohne ein Verschulden des Schuldners, für welches er nach Charakter und Inhalt seiner Verpflichtung einzustehen hat,

[19]) Hier könnte in Parantheſe zugefügt werden: „wie namentlich beim Hinterlegungsvertrag, Auftrag, bei der Geschäftsführung, Schenkung, beim Vermächtniß u. dgl. m.“

an einen anderen Ort, so ist sie an diesem zu leisten. Ihr zufälliger Aufenthaltsort ist Erfüllungsort.

Gelangt sie ohne ein solches Verschulden, aber nach Eintritt eines Verzugs des Schuldners an einen anderen Ort, so muß sie der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers an dem Ort leisten, wo sie sich vor dem Verzug befand.

2. Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so ist sie an dem zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses begründeten Standort derjenigen Vermögensgattung des Schuldners zu leisten, welcher sie angehört, und im Zweifel, am Wohnort des Schuldners.

Bildet sie den Gegenstand eines Vermächtnisses und ist sie in genügender Zahl und Beschaffenheit im Nachlaß vorhanden, so ist sie am Standort der hinterlassenen Vermögensgattung bzw. des größeren Theils derselben und im Zweifel am Ort der Lage der Erbschaft zu leisten. Ist sie nicht vorhanden, so kann sie der Erbe nach seiner Wahl entweder hier oder am Standort seines eigenen Vermögens leisten.

Hat der Schuldner in der Folge jenen Standort ohne bösliche Absicht und ohne Verletzung seiner desfallsigen Anzeigepflicht gegen den Gläubiger verlegt, oder fand diese Verlegung vor Eintritt eines Verzugs statt, so ist der neue Standort Erfüllungsort.

§ 229b.

Bei Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Schuldners[20]) gelten folgende Regeln:

1. Ist das Schuldverhältniß auf Rückgabe einer individuell bestimmten Sache gerichtet, so ist es da zu erfüllen, wo die vom Gläubiger hin-

[20]) Hier könnte in Parenthese zugefügt werden: „wie namentlich bei der Gebrauchsleihe und dem Darlehn!“

gegebene Sache zur Zeit seiner Entstehung ihren Standort hatte. Ist es auf Rückgabe einer nur der Gattung nach bestimmten Sache gerichtet, so ist es an dem zur Zeit seiner Entstehung begründeten Standort des aus Sachen derselben Gattung bestehenden Vermögens des Gläubigers und im Zweifel an dessen Wohnort zu erfüllen.

2. Ist das Schuldverhältniß auf eine andere Leistung als auf Rückgabe gerichtet, so ist es da zu erfüllen, wo der Gläubiger als ordentlicher Wirthschafter Sachen der geschuldeten Art zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses zu haben und aufzubewahren pflegte.

§ 230.

Bei Schuldverhältnissen zum Vortheil beider Betheiligten hat, vorbehaltlich der Bestimmungen des § 230a, jeder Schuldner nur bei sich zu erfüllen, er hat, soweit sich aus der wirthschaftlichen Natur des Einzelfalls nichts Anderes ergiebt, die geschuldete Sache nicht dem Gläubiger zu bringen, sondern dieser hat sie beim Schuldner an ihrem Standorte abzuholen. Im Einzelnen finden für jeden Betheiligten die Bestimmungen des § 229a sachgemäße Anwendung.

§ 230a.

Soweit sich aus der wirthschaftlichen Natur des Einzelfalls nichts Anderes ergiebt, hat der Verkäufer[21]) die verkaufte bewegliche Sache an deren Standort zu liefern (§ 229a), wogegen der Käufer den Kaufpreis dem Verkäufer bringen muß (§ 229b Nr. 2). Letzteres ist auch beim Kaufvertrag über unbewegliche Sachen der Fall.

Beim Miethvertrag über bewegliche Sachen hat, soweit sich aus der wirthschaftlichen Natur des

[21]) Wie früher nachgewiesen, halte ich das Kaufgeschäft und andere Geschäfte für vorzugsweise den Vortheil des Käufers bezweckend. Da ich indessen eine allgemeine Zustimmung in dieser Hinsicht nicht erwarten darf, so mußte ich mindestens für einige jener Geschäfte besondere, mit der Rechtsanschauung des Verkehrs übereinstimmende Bestimmungen vorschlagen.

Einzelfalls nichts Anderes ergiebt, der Miether die gemiethete Sache beim Vermiether an ihrem Standorte abzuholen, und wieder dahin zu bringen, und den Miethpreis beim Vermiether zu zahlen. Letzteres ist auch beim Miethvertrag über unbewegliche Sachen der Fall.

Die Zinsen des Darlehns müssen dem Gläubiger gebracht, die Zinsen des irregulären Depositums beim Schuldner abgeholt werden.

Die Versicherungsprämien müssen, falls nichts Anderes vereinbart ist, dem Versicherer oder dessen zur Empfangnahme legitimirten Agenten gebracht werden.

Der mit dem Abschluß von Rechtsgeschäften mit Dritten Beauftragte braucht nicht blos das, was er hieraus empfangen und eingenommen hat, bei sich zu leisten, sondern kann auch die Rückzahlung seiner Auslagen und Vorschüsse, sowie die Zahlung seiner Gebühren bei sich verlangen.

3. Die Verpflichtung zum Schicken.

§ 16.

Schon das Römische Recht hat eine Verpflichtung des Schuldners, der nach Inhalt seiner Obligation nur bei sich zu erfüllen hätte, zum Schicken der geschuldeten Sache im Prinzipe anerkannt. Es ist aber dabei stehen geblieben, nur ein Schicken an den Klageort anzuordnen. Für uns hat diese Beschränkung gar keine Bedeutung. Die Verpflichtung zum Schicken der Sache an den Gläubiger ist sowohl im eigentlichen Handelsverkehr, wie im bürgerlichen Verkehr eine Nothwendigkeit. Sie auf den Fall ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung zu beschränken, würde den dringendsten Bedürfnissen des Lebens widersprechen. In Frage könnte nur Zweierlei kommen: Muß der Schuldner unter allen Umständen schicken, oder giebt es Umstände, welche ihn davon befreien; und sodann, wohin muß er schicken, und wohin nicht?

In letzterer Beziehung nehme ich keinen Anstand, den Schuldner zu einem Schicken der Sache an jeden, vom Gläubiger ihm aufgegebenen Ort, und nicht etwa blos an den aus den Umständen zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses sich ergebenden

Bedarfs- oder Bestimmungsort zu verpflichten, immer aber unter der Voraussetzung, daß die Lage des schickenden Schuldners nicht eigentlich benachtheiligt wird. Der Kaufmann in Frankfurt a. M., der in Pest tausend Sack Weizen brieflich oder telegraphisch kauft, gibt einige Zeit nach Kaufabschluß seinem Pester Verkäufer die Ordre, daß er die Ladung nach Berlin oder Amsterdam oder an einen sonstigen Ort schicken möge, oder der Pester Verkäufer fragt nach einiger Zeit an, wohin er den Weizen senden solle. Im ganzen Handelsverkehr nimmt man an der Verpflichtung des Verkäufers zur Sendung der Waare an den vom Käufer nachträglich bezeichneten Bestimmungsort keinen Anstand. Und wenn ich im kleinen Verkehr bei einem Berliner Luxusgeschäft brieflich eine Sache kaufe, und nachträglich meinen Verkäufer ersuche, er möge sie mir nicht nach Gießen, sondern nach München senden, so weiß das Berliner Geschäft, daß es zu letzterer Sendung verpflichtet ist. Ich beantrage daher:

§ 230b.

In allen Fällen, in welchen der Schuldner nur bei sich zu erfüllen (der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand beim Schuldner abzuholen) hätte, kann der Gläubiger die ordnungsmäßige Zusendung des geschuldeten Gegenstandes an seinen Wohn- bezw. Geschäftssitz oder an einen beliebigen anderen Ort, jedoch nur gegen vorerstigen Ersatz der dem Schuldner daraus erwachsenden Auslagen verlangen, es sei denn

1. daß er, ohne besondere Opfer bringen zu müssen, die Leistung am Erfüllungsorte selbst oder durch Stellvertreter entgegennehmen kann, oder
2. daß die Versendung für den Schuldner mit gleicher oder größerer Mühe verbunden ist, als die Empfangnahme der Leistung am Erfüllungsort für den Gläubiger, oder
3. daß die Umstände, unter welchen der Schuldner zur Versendung verpflichtet wäre, durch eigenes Verschulden des Gläubigers herbeigeführt wurden, oder
4. daß der Schuldner trotz eifriger Bemühungen einen geeigneten Transportanten nicht finden kann.

4. Uneigentlicher Erfüllungsort.

§ 17.

Der uneigentliche Erfüllungsort (§ 14) ist im bürgerlichen Verkehre gar nicht zu entbehren. Seine Berechtigung ist so augenscheinlich, daß ich mich jeder weiteren Begründung enthalten kann, wenn ich den Zusatz beantrage:

§ 230c.

Ueberall, wo der Schuldner nur bei sich zu erfüllen (der Gläubiger also den geschuldeten Gegenstand bei jenem abzuholen) hat, kann der Schuldner bringen, und wo derselbe bringen müßte, kann der Gläubiger abholen, sofern dadurch die Lage des anderen Theils nicht verschlimmert wird.

Schluß.

§ 18.

Nach den in vorstehenden Paragraphen formulirten Sätzen wird der § 230 Entwurfs überflüssig, ebenso der vom Erfüllungsort des Schenkers redende § 446 und der vom Rückgabeort der hinterlegten Sache sprechende § 620. Aufgabe der Gutachter über die Aufrechnung (§ 281 ff.) wird es sein, den § 285 zu würdigen. Ich beantrage daher:

die §§ 230, 446 und 620 zu streichen.

Die Unterbrechung der Verjährung.

Von Rechtsanwalt Dr. G. Horwitz in Hamburg.

Wenngleich der von der Anspruchsverjährung handelnde Abschnitt des Entwurfs als Ganzes bereits in diesen Blättern Gegenstand der Besprechung gewesen ist, so mag es doch nicht unangebracht erscheinen, von den zahlreichen einschlägigen Fragen gerade die in der Ueberschrift bezeichnete herauszugreifen und ihr eine besonders eingehende Erörterung zu widmen. Wohnt ihr doch eine hervorragende praktische Bedeutung schon um deswillen inne, weil die mit jedem Verjährungsgesetze für den Gläubiger untrennbar verknüpften Nachtheile durch eine billige und zweckentsprechende Regelung der Unterbrechungsfrage ihrer Härte zum beträchtlichen Theile entkleidet werden können.

Die hierher gehörigen Bestimmungen des Entwurfs, soweit ihre Kenntniß zum Verständniß der nachfolgenden Abhandlung erforderlich ist, finden sich in den §§ 169 bis 171, welche lauten:

§ 169.

„Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Verpflichtete gegenüber dem Berechtigten den Anspruch anerkennt, insbesondere durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Pfandbestellung oder Bürgschaftsbestellung."

§ 170.

„Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruchs, auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils Klage erhebt. Der Klagerhebung stehen gleich:

1. die Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren;

2. die Anmeldung einer Konkursforderung im Konkurse;
3. die Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt;
4. die Vornahme einer Vollstreckungshandlung und, soweit die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist, die Stellung des auf die Zwangsvollstreckung gerichteten Antrages.

Die Vorschrift des § 190 der C. P. O. bleibt unberührt."

§ 171.

„Die Unterbrechung mittels Klagerhebung gilt als nicht erfolgt, wenn der Berechtigte die Klage zurücknimmt, oder wenn dieselbe wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird.

Wird die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen und von dem Berechtigten binnen sechs Monaten nach der Rechtskraft des Urtheils bei dem zuständigen Gerichte neue Klage erhoben, so gilt die Verjährung als durch die erste Klagerhebung unterbrochen."

(Es folgen einige hier nicht interessirende Einzelbestimmungen für die Fälle der C. P. O. §§ 36 und 560.)

Der Entwurf hält also streng an dem Grundsatz fest, daß nur die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs die Verjährung unterbricht. „Die gerichtliche Feststellung des Anspruchs sei begrifflich allein geeignet, die Verjährung zu unterbrechen," heißt es in den Motiven (S. 328), und damit rechtfertigt die Kommission den Ausschluß nicht nur der außergerichtlichen Mahnung, sondern auch der Aufrechnungseinrede aus der Zahl der zur Unterbrechung geeigneten Handlungen.

Was die außergerichtliche Mahnung anlangt, so stehen die Bestimmungen des Entwurfs im Einklang mit dem im weitaus größten Theile Deutschlands geltenden Recht. Ob und inwieweit dieses Recht bisher zu Klagen Anlaß gegeben hat, vermag der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes, dessen Wohnsitz in dieser Beziehung zu den Ausnahmegebieten gehört, aus eigener Erfahrung leider nicht zu beurtheilen. Soviel aber darf unbedenklich behauptet werden, daß in Hamburg, wo einfache Mahnung zur Unterbrechung der Verjährung ausreicht, niemals der Wunsch nach einer Aenderung des bestehenden Rechtszustands laut geworden ist, es sei denn höchstens nach der

Richtung hin, daß man es für wünschenswerth erklärt hätte, die Beobachtung gewisser Förmlichkeiten, wie etwa die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher, vorzuschreiben, womit dann gleichzeitig aller Streit über Erfolgtsein oder Nichterfolgtsein der Mahnung ein für alle Mal abgeschnitten wäre. Und in der That! der unbefangenen Prüfung können die überwiegenden, wesentlichen Vorzüge des Hamburgischen Systems schwerlich entgehen. Es ist eine ganz unabweisbare Forderung der Gerechtigkeit, die jeder Gläubiger von der Rechtsordnung erwarten darf, daß sie ihm die Möglichkeit gewähre, ohne nennenswerthen Aufwand an Mühe und Kosten den Eintritt der Verjährung abzuwenden. Unendlich zahlreich sind die Fälle — und sie werden in Folge der vom Entwurf vorgesehenen kurzen Verjährungsfristen noch beträchtlich zunehmen —, in denen über das Bestehen des Anspruchs ebensowenig ein Zweifel besteht, wie über die völlige Aussichtslosigkeit einer jeden Zwangsvollstreckungsmaßregel. Solche Fälle sind wahrlich für den Gläubiger an sich schon hart genug; der einzige Trost, der ihm bleibt, besteht in der Hoffnung, daß der Schuldner später zu Vermögen kommen und dann zwangsweise dazu angehalten werden könne, seine Schuld zu begleichen. Nur zu oft erweist sich diese Hoffnung als trügerisch; welchen Grund hat da die Gesetzgebung, eine Handlung, die der Gläubiger vorzunehmen gezwungen ist (wenn er nicht auf die Aussicht, jemals zu seinem Gelde zu gelangen, endgültig verzichten will), mehr als unumgänglich nothwendig mit Unkosten zu verknüpfen? Wie läßt es sich rechtfertigen, daß der Staat den Gläubiger vor die Alternative stellt, entweder sein gutes Recht aufzugeben oder den ihm zugefügten Verlust noch durch beträchtliche, sehr wahrscheinlich nutzlose neue Geldopfer zu vergrößern? Ohne namhafte Geldopfer aber wird, wenn der Entwurf Gesetz werden sollte, eine Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem nicht ganz besonders gutwilligen Schuldner nach § 170 in der Regel unmöglich sein.

Die wenigen Worte, welche die Motive der besprochenen Frage widmen, sind nicht sonderlich geeignet, obschwebende Bedenken zu beseitigen. „Führt die Mahnung" — so heißt es auf S. 330 — „zur Befriedigung, so erledigt sich die Sache von selbst; führt dieselbe zu einem Anerkenntnisse, so unterbricht dieses; bleibt sie erfolglos, so ist der Berechtigte um so mehr veranlaßt, das zur Wahrung seines Anspruchs erforderliche vorzunehmen." Das klingt recht bestechend, und logisch-theoretisch mag ja auch die Antithese ganz richtig sein.

Praktisch aber führt in der allergrößten Mehrzahl der Fälle die Mahnung weder zur Befriedigung noch zur Anerkennung noch auch zum Bestreiten der Forderung, sondern sie bleibt ganz einfach unbeantwortet; kann man da billigerweise dem Gläubiger zumuthen, unter Aufwendung beträchtlicher Prozeßkosten mit dem Schuldner einen Streit auszutragen, der bei der Vermögenslosigkeit der Gegenpartei zur Zeit für ihn nicht das mindeste praktische Interesse hat und möglicher-, ja wahrscheinlicherweise niemals ein praktisches Interesse gewinnen wird?

Wo aber wirklich einmal der Fall eintritt, daß dem gemahnten Schuldner ernstlich darum zu thun ist, sein Verhältniß zu dem Mahnenden klarzustellen, da bietet ihm ja die Feststellungsklage aus § 231 der C. P. O. die jederzeit bereite Handhabe. Daß eine zur Unterbrechung der Verjährung geeignete Mahnung ohne Weiteres das rechtliche Interesse des Schuldners an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses begründe, wird man unbedenklich annehmen dürfen; äußersten Falls wäre etwaigen diesbezüglichen Zweifeln durch eine ausdrückliche dahingehende Vorschrift leicht abgeholfen. Man darf auch nicht etwa einwenden, die Unbilligkeit sei die gleiche, ob es der Gläubiger oder der Schuldner sei, den man auf den kostspieligen Prozeßweg verweise, denn einmal wird sich der Schuldner bei seiner Feststellungsklage der Regel nach einem zahlungsfähigen, der Gläubiger dagegen bei seiner Leistungsklage sehr häufig einem zahlungsunfähigen Gegner gegenüber befinden, außerdem aber darf nicht vergessen werden, daß für den Gläubiger, wenn er nicht zur Klage schreiten will, praktisch der gänzliche Verlust seines Anspruchs auf dem Spiele steht, während der Schuldner im schlimmsten Falle doch nichts weiter riskirt, als seinen Prozeß gegen den Gläubiger zu einer späteren Zeit austragen zu müssen.

Entschließt man sich, der Mahnung, sei es auch nur der besonders qualifizirten, unterbrechende Wirkung zuzugestehen, so muß natürlich von jeder Klage dasselbe gelten, gleichviel ob sie beim zuständigen oder unzuständigen Gericht erhoben, ob sie hernach zurückgenommen oder wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird. Alle die komplizirten Vorschriften des § 171 würden dann entbehrlich, und man entginge so den theilweise recht wunderlichen Konsequenzen, die sich aus der vorliegenden Gestaltung dieses Paragraphen ergeben. Hiervon nur ein Beispiel: Gesetzt den Fall, der Gläubiger strengt kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Klage an. Der Beklagte,

der vielleicht einige Wochen vorher seinen Wohnsitz verändert hat, bemängelt die Zuständigkeit des Gerichts, und der Kläger muß sich von der Berechtigung der Einrede überzeugen. Bei solcher Sachlage wird an sich jeder verständige Anwalt behufs Ersparung unnöthiger Kosten seine Klage zurückziehen, um sie von Neuem bei dem zuständigen Gericht anzustellen. Nach dem Entwurf aber ist das nicht angängig; der Gläubiger muß sich, obwohl er die Aussichtslosigkeit weiteren Prozessirens vor dem betreffenden Gericht klar eingesehen hat, nichtsdestoweniger mit seiner Klage ausdrücklich abweisen lassen; denn nimmt er sie zurück, so gilt die Verjährung als nicht unterbrochen, und er hat demzufolge im Nachprozesse die endgültige Abweisung zu gewärtigen. Also auch hier wieder die Zwangslage für den Gläubiger, entweder seinen Anspruch zu verlieren oder völlig nutzlose Kosten aufzuwenden!

Es ist vorauszusehen, daß man gegen die vorstehenden Darlegungen das Bedürfniß eines möglichst wirksamen Schutzes für die wirthschaftlich Schwachen ins Feld führen wird. Man sollte mit diesem Argument recht vorsichtig umgehen, denn so menschlich schön und sympathisch der ihm zu Grunde liegende Gedanke ist, so nahe liegt die Gefahr des Mißbrauchs, die Gefahr der mit Recht so oft und so scharf gegeißelten „Mildthätigkeit aus fremder Tasche". Zuvörderst ist es eine durchaus willkürliche Verallgemeinerung, in jedem Gläubiger einen Kapitalisten und in jedem Schuldner einen armen Tagelöhner zu erblicken. Juristen wenigstens sollten doch nicht vergessen, daß auch Dienstboten und Herrschaften im Verhältniß von Gläubigern und Schuldnern zu einander stehen. Und gerade die Härten, die der Entwurf in seiner jetzigen Gestalt zur Folge haben muß, werden nicht zum kleinsten Theile solche Gläubiger treffen, die wahrlich nicht zu den wirthschaftlich Starken gehören. Man denke doch nur an die Handwerker und Ladeninhaber, die sich bei drohendem Ablauf der Verjährungsfrist vor die peinliche Wahl gestellt sehen, entweder ihr Guthaben einzubüßen oder durch eine Klage den sozial und wirthschaftlich oft hoch über ihnen stehenden Kunden vor den Kopf zu stoßen!

Allein auch da, wo wirklich der Gläubiger dem Schuldner an wirthschaftlicher Stärke weit überlegen ist, sollte man sich sehr ernstlich fragen, ob man in der That den Interessen der Schuldner dient, indem man die Unterbrechung der Verjährung erschwert. Reicht die einfache Mahnung durch den Gerichtsvollzieher aus, so wird regel-

mäßig der Gläubiger von diesem äußerst bequemen und wohlfeilen Mittel zur Konservirung seines Anspruchs Gebrauch machen und wird im übrigen gelegenere Zeiten abwarten. Steht aber der Gläubiger nur vor der Wahl, entweder zu klagen oder seine Forderung verjähren zu lassen, so wird er in der Mehrzahl der Fälle zur Klage schreiten, und hat er erst einmal die Prozeßkosten aufgewandt und sich in den Besitz eines vollstreckbaren Titels gesetzt, so wird er schwerlich vor der Zwangsvollstreckung Halt machen, vielmehr ist es nur naturgemäß, daß dann auch alle gesetzlich statthaften Zwangsmittel gegen den Schuldner zur Anwendung gebracht werden — gegen denselben Schuldner, dem der Gläubiger, wenn ihm das Gesetz nicht die Klage aufgenöthigt hätte, vielleicht noch Jahre lang Frist bewilligt haben würde.

Unterliegt hiernach die Nichtaufnahme der (einfachen oder qualificirten) Mahnung unter die zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Handlungen ernsten Bedenken, so kann ebensowenig die Art und Weise Billigung finden, wie der Entwurf zu der Frage Stellung nimmt, ob eine Unterbrechung der Verjährung durch einredeweise Geltendmachung des Anspruchs zugelassen werden soll. Der Entwurf will diese Frage grundsätzlich verneinen, aber was die Motive zur Begründung dieses Standpunktes anführen, steht theils mit den Vorschriften der C. P. O. in Widerspruch, theils ist es überall nicht recht verständlich. Das Letztere gilt namentlich von den auf die Kompensationseinrede bezüglichen Bemerkungen. „Die Einrede der Aufrechnung", heißt es auf S. 328, „für welche in der Jurisprudenz vornehmlich unterbrechende Wirkung in Anspruch genommen worden ist, kommt für den Entwurf nicht in Betracht. Selbst wenn die Aufrechnungserklärung erst in dem Prozesse erfolgt, handelt es sich im Hinblick auf die §§ 282, 283 nicht um die Geltendmachung einer Einrede, sondern um die Einwendung einer rechtsaufhebenden Thatsache".

Die Richtigkeit dieser Bemerkung dürfte gegründeten Zweifeln unterliegen, denn wo es sich um die Frage handelt, inwieweit durch einredeweise Geltendmachung von Ansprüchen (im Gegensatz zur klageweisen Geltendmachung) deren Verjährung unterbrochen wird, kann der Begriff der Einrede füglich nur im prozessualen, nicht im materiellrechtlichen Sinne verstanden werden, und in diesem Sinne wird man auch angesichts der §§ 282, 283 die Berufung auf geschehene

Aufrechnung als eine „Einrede" bezeichnen müssen. Allein selbst wenn das, was die Motive sagen, richtig ist, wenn wirklich die Berufung auf geschehene Kompensation keine Einrede ist — was folgt dann daraus? Dann giebt es eben statt der bisherigen zwei Möglichkeiten, Ansprüche gerichtlich geltend zu machen — nämlich 1. im Wege der Klage (bezw. Widerklage), 2. im Wege der Einrede — künftig deren drei, nämlich 1. im Wege der Klage, 2. im Wege der Einrede, 3. im Wege der Aufrechnung. Dann tritt also an den Gesetzgeber, nachdem er sich dafür entschieden hat, der einredeweisen Geltendmachung von Ansprüchen eine die Verjährung unterbrechende Wirkung zu versagen, die weitere Frage heran, ob das Gleiche auch dann gelten solle, wenn die Gegenforderung nicht einrede-, sondern aufrechnungsweise geltend gemacht wird. Diese Frage aber wird in den Motiven weder gestellt noch beantwortet, denn den oben angeführten Satz, in dem gesagt wird, die Aufrechnungseinrede komme für den Entwurf nicht in Betracht, weil die Berufung auf stattgehabte Kompensation sich im Sinne des Entwurfs nicht als Einrede darstelle — diesen Satz kann man doch füglich nicht als Antwort gelten lassen.

So dunkel es daher bleibt, weshalb eigentlich die aufrechnungsweise Geltendmachung von Ansprüchen deren Verjährung nicht unterbrechen soll, so wenig ist freilich andererseits darüber, daß dies der Standpunkt des Entwurfs thatsächlich ist, angesichts der unzweideutigen Fassung des § 170 ein Zweifel möglich. Um die praktische Tragweite dieser Frage richtig zu würdigen, muß man sich vor Allem gegenwärtig halten, daß es nur gewisse Klassen von Fällen sind, in denen ihr aktuelle Bedeutung zukommt. Erkennt der Beklagte den Klaganspruch als an sich begründet an und verweigert nur auf Grund des Kompensationseinwandes die geforderte Leistung, so ist der Regel nach nur zweierlei möglich: Entweder es wird der Beklagte zur Aufrechnung befugt erachtet und demzufolge die Klage abgewiesen — dann ist damit der Beklagte für seine Gegenforderung befriedigt; oder aber das Gericht gibt der Klage statt und spricht damit aus, daß dem Beklagten der behauptete Gegenanspruch nicht zustehe. In beiden Fällen ist die Frage, ob durch die Erhebung des Kompensationseinwandes die Verjährung unterbrochen sei, ohne praktisches Interesse. Ein solches ist vielmehr nur dann vorhanden, wenn entweder der Beklagte den Klaganspruch an sich, auch abgesehen von der nur eventuell aufrechnungshalber geltend gemachten Gegenforderung, bestreitet und mit diesem Bestreiten durchdringt, oder aber wenn der

Kompensationseinwand wegen Unzulässigkeit der Aufrechnung verworfen wird, mit einem Worte also, wenn eine sachliche Entscheidung über die Berechtigung des Gegenanspruchs dem Urtheil nicht zu entnehmen ist und der Beklagte daher, um seine etwaigen Rechte zu verfolgen, zu einer neuen, selbständigen Klage schreiten müßte. Wird der Entwurf Gesetz, so wird für solche Fälle der Beklagte Vorsorge treffen müssen, um nicht im Nachprozesse auf die Verjährungseinrede zu stoßen. Er wird also, obwohl vielleicht die größte Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß er im Vorprozesse ein obsiegliches Urtheil erstreiten und damit die Befriedigung seines Anspruchs erzielen wird, gezwungen sein, noch während der Dauer dieses Vorprozesses eine neue Klage gegen den Kläger anzustrengen, die sich vielleicht hernach als völlig überflüssig erweist, und deren Kosten ihm, wenn schon der Vorprozeß die erhoffte sachliche Entscheidung über den Gegenanspruch bringt, von Niemanden ersetzt werden — ein Ergebniß, das dem prinzipiellen Standpunkt des Entwurfs gewiß nicht zur Empfehlung gereicht.

Was aber das Schlimmste ist — es steht keineswegs fest, ob denn der soeben vorgezeichnete Weg, der allein den Beklagten davor sichert, seine Gegenforderung durch Verjährung einzubüßen, überhaupt für ihn gangbar ist. Freilich hat das Reichsgericht in zwei neuerlichen Urtheilen (Band XVI und Band XVIII der Entscheidungen) es ausgesprochen, daß durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit in Ansehung des Gegenanspruchs nicht begründet werde, der Aufrechnende mithin ungehindert sei, eben diese Gegenforderung gleichzeitig zum Gegenstande einer neuen, selbständigen Klage zu machen. Es ist hier nicht der Ort, diese Erkenntnisse zu kritisiren; das aber muß denn doch erwähnt werden, daß es keineswegs an Stimmen fehlt, die eine über kurz oder lang zu erwartende Mißbilligung derselben durch die vereinigten Senate in Aussicht stellen, wie denn auch in einer der angezogenen Entscheidungen unumwunden anerkannt wird, daß „die C. P. O. eine unzweideutige und prinzipielle Entscheidung der sehr bestrittenen Frage nicht enthalte." Sollte der Fall wirklich eintreten, daß in der höchstrichterlichen Rechtsprechung die entgegengesetzte Meinung zum Durchbruch käme, so ist die Lage, in welche der kompensirende Beklagte kommt, in Wahrheit unleidlich. Will er, nachdem der Vorprozeß die erwartete sachliche Entscheidung über den Gegenanspruch nicht gebracht hat, den Letzteren mittels selbständiger Klage verfolgen, so steht ihm die Verjährungseinrede entgegen; will

er sich vorsorglich gegen diesen Nachtheil schützen, indem er schon während der Dauer des Vorprozesses klagbar wird, so wird ihm bedeutet, sein Anspruch sei durch die Kompensationseinrede rechtshängig geworden und könne deshalb anderweitig nicht geltend gemacht werden!

Was gegenüber diesen doch wahrlich nicht von der Hand zu weisenden Erwägungen die Motive zur Stütze der von der Kommission gebilligten Auffassung ins Feld führen, findet, wie schon oben angedeutet, im geltenden Civilprozeßrecht keinerlei Anhalt. Zwei Gründe sind es, auf die sich die Motive berufen:

1. „wer einen Anspruch einredeweise geltend mache, bezwecke damit lediglich Abwehr des Klagebegehrens, nicht Zusprechung eigenen Rechts und verzichte somit, da die Rechtskraft des Urtheils auf den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch sich beschränke, auf die Betreibung der Feststellung des Anspruchs und damit auf dasjenige, was begrifflich allein geeignet sei, eine Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen."

Es soll hier die Polemik nicht erneuert werden, bezüglich der Frage, ob es ein verständiges Prinzip ist, lediglich den zur Herbeiführung der richterlichen Feststellung des Anspruchs geeigneten Maßnahmen unterbrechende Wirkung beizumessen. Gewichtige Gründe des praktischen Bedürfnisses sprechen dafür, solche Wirkung an jede Handlung des Gläubigers zu knüpfen, welche den Schuldner klar erkennen läßt, daß Jener sich zur Erhebung eines Anspruchs gegen ihn berechtigt glaubt und gesonnen ist, bei gelegenerer Zeit die Befriedigung desselben zu erzwingen. Mag dann der Schuldner, der besorgen zu müssen glaubt, daß bis zur Zeit der Klageerhebung eine Verdunkelung des Thatbestandes eintreten könnte, seinerseits die nöthigen Schritte thun, um sein Rechtsverhältniß zum Gläubiger durch Richterspruch feststellen zu lassen.

Allein selbst wenn man sich auf den Boden des von der Kommission gebilligten Prinzips stellt, kann die Folgerung, welche die Motive daraus ziehen, zum Mindesten bezüglich der Aufrechnungseinrede als zutreffend nicht anerkannt werden. Oder stimmt es etwa mit § 293 Abs. 2 der C. P. O. überein, wenn die Motive behaupten, die Rechtskraft des Urtheils beschränke sich auf den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch, und der Beklagte, der sich damit begnüge, seine Gegenforderung aufrechnungsweise geltend zu machen, verzichte somit auf die richterliche Feststellung des An-

spruchs? Als die Motive erschienen, blieb wenigstens die Möglichkeit offen, die Lösung dieses Widerspruchs in der auf S. 107 des zweiten Bandes sich findenden Bemerkung zu erblicken, woselbst es heißt: darüber, ob und inwieweit die in den Entwurf aufgenommene Gestaltung der Aufrechnung eine Aenderung gewisser Vorschriften der C. P. O. nöthig mache, sei im Einführungsgesetze zu befinden. Mittlerweile aber ist auch der Entwurf des Einführungsgesetzes veröffentlicht, der den § 293 Abs. 2 der C. P. O. nur einer unwesentlichen redaktionellen Aenderung unterzieht, das in ihm enthaltene Prinzip dagegen völlig unberührt läßt. Wie daher die oben zitirte Aeußerung der Motive mit dem gegenwärtigen oder zukünftigen Civilprozeßrecht in Einklang gebracht werden soll, das bleibt nach wie vor unerfindlich.

Noch befremdender wird indessen die Sache dadurch, daß auch der zweite Grund, den die Motive anführen, mit den Vorschriften der C. P. O. in augenscheinlichem Widerspruch steht. Der Beklagte — heißt es — dem an einer Unterbrechung der Verjährung gelegen sei, könne ja nur „den jederzeit offenen Weg der Widerklage beschreiten.“ Daß auf die sehr wesentlich höheren Kosten einer Widerklage gegenüber denen der Aufrechnungseinrede auch hier wieder keine Rücksicht genommen wird, ist bedauerlich, kann aber nach der im § 170 getroffenen grundsätzlichen Entscheidung nicht Wunder nehmen. Auch das mag nur beiläufig bemerkt werden, daß von einer Widerklage naturgemäß in denjenigen Fällen keine Rede sein kann, in denen der den Klaganspruch an sich einräumende Beklagte mit dem Kläger um die Zulässigkeit der Aufrechnung streitet. Ein Satz jedoch, dessen Richtigkeit mit Rücksicht auf die Bestimmungen der C. P. O. sich mit gutem Grunde bestreiten läßt, ist die in den Motiven aufgestellte Behauptung, daß der Weg der Widerklage „jederzeit offen stehe.“ Es ist doch bekannt genug, daß nach einer weit verbreiteten Auslegung des § 33 der C. P. O. nur connexe Ansprüche zur Widerklage verwandt werden können. (Vergl. die Kommentare von Gaupp, Struckmann-Koch, Seuffert und Wilmowski-Levy). Und wie steht es mit § 491 Absatz 2, demzufolge in der Berufungsinstanz neue Kompensationseinreden zwar beschränkt gestattet, neue Widerklagansprüche aber schlechterdings ausgeschlossen sind? Und § 558, der die Widerklage aus dem Urkunden- und Wechselprozeß völlig verbannt, während die Aufrechnungseinrede, sofern sie durch die im Urkundenprozesse zulässigen Beweismittel unter-

stützt wird, grundsätzlich zugelassen ist? Oder aber man setze doch einmal den Fall, der Beklagte suchte gegenüber dem klagenden Cessionar mit Gegenforderungen an den Cedenten aufzurechnen: daß da für eine Widerklage kein Raum ist, bedarf doch wahrlich keiner Ausführung.

Die vorstehend entwickelten Gründe sind es, die es nach Ansicht des Verfassers angezeigt erscheinen lassen, den § 171 des Entwurfs durch die folgende Vorschrift zu ersetzen:

„Die Verjährung wird unterbrochen,

1. wenn der Berechtigte dem Verpflichteten durch einen Gerichtsvollzieher eine Mahnung bezüglich des Anspruchs zustellen läßt,
2. wenn der Berechtigte den Anspruch im Prozesse zur Aufrechnung bringt".

Hiermit könnte die Abhandlung schließen; vielleicht ist es jedoch nicht unangemessen, an dieser Stelle noch wenige Worte einem Gegenstande zu widmen, der mit der Unterbrechungsfrage in gewissem Zusammenhange steht.

Der § 185 des Entwurfs besagt:

„Durch Rechtsgeschäft kann die Verjährung nicht ausgeschlossen und nicht erschwert werden. Sie kann insbesondere nicht durch Verlängerung der Verjährungsfrist erschwert werden ...."

Die sachliche Begründung dieser Bestimmung in den Motiven beschränkt sich auf die Bemerkung, daß die Verjährungsvorschriften zwingenden Rechtes seien — eine augenscheinliche petitio principii. Im Uebrigen wird darauf verwiesen, daß — abgesehen vom Preußischen Landrecht — die fragliche Bestimmung des Entwurfs mit den hauptsächlichsten Partikularrechten in Einklang stehe. Das Letztere soll nicht bestritten werden; trotzdem aber dürfte die Frage gerechtfertigt sein, ob denn für eine solche Durchbrechung des Prinzips der Vertragsfreiheit hinreichende Gründe gegeben sind. Vom logisch-systematischen Gesichtspunkt aus erscheint sie sicherlich nicht geboten: hat man einmal die Verjährung soweit der Parteiwillkür unterstellt, daß man dem Richter untersagt, sie von Amtswegen zu berücksichtigen, daß sich sogar der Schuldner rechtsgültig verpflichten kann, sich auf die bereits vollendete Verjährung im Prozesse nicht zu berufen,

(Vgl. Bd. I der Motive S. 341), so ist es vom Standpunkt der Theorie nicht verständlich, weshalb der Schuldner nicht auch auf die noch laufende oder noch garnicht begonnene Verjährung wirksam sollte verzichten können.

Es müßten also schon Gründe der praktischen Zweckmäßigkeit sein, die dem § 185 allenfalls zur Rechtfertigung dienen könnten. Solche Gründe würden unbedenklich als vorliegend anerkannt werden können, wenn Ursache zu der Besorgniß gegeben wäre, daß in künftigen Verträgen die Unverjährbarkeitsklausel etwa in der Weise stehend werden könnte, wie es beispielsweise die Unverantwortlichkeitsklauseln in den Konnossementen der Seedampfer geworden sind. Andere Zweckmäßigkeitsgründe für den Eingriff in die Vertragsfreiheit sind kaum denkbar; die angedeutete Gefahr aber wird schwerlich von irgend Jemand ernst genommen werden, zumal wenn das Gesetz durch eine auch die Interessen der Gläubiger billig berücksichtigende Lösung der Unterbrechungsfrage den Letzteren die Versuchung fernhält, sich gegen die ihnen drohenden Nachtheile auf Umwegen zu sichern.

Versprechen der Leistung an einen Dritten und Schuldübernahme.

Von Rechtsanwalt Dr. **Martinius** in Erfurt.

I. Zu § 412 bis 416 des Entwurfs (Versprechen der Leistung an einen Dritten).

Aus Verträgen über Leistung an einen Dritten soll nach dem Entwurfe im Prinzip der Dritte unmittelbar berechtigt werden. Wir begrüßen dies als einen entschiedenen Fortschritt. Die neue Rechtsentwickelung drängt gebieterisch zur Annahme des vom Entwurfe gebilligten Standpunktes (vergl. Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 316 von Note 13 ab).

Auf dem Gebiete des Preußischen Allgemeinen Landrechts sehen wir, wie man bei den Gutsüberlassungs-Verträgen unter Anwendung der künstlichsten Konstruktionen den sonst die Verträge zum Vortheile Dritter beherrschenden Satz, daß der Dritte nur durch Beitritt zum Vertrage mit Bewilligung der Hauptkontrahenten Rechte erwerbe, zu durchlöchern versucht hat, um wenigstens für diese Kategorie von Verträgen die unmittelbare Entstehung des Forderungsrechts für den Dritten sicher zu stellen. Nachdem das Preußische Obertribunal durch konstante Praxis für die Gutsüberlassungs-Verträge Juristenrecht geschaffen hatte, hat die Theorie sich abgemüht, die Sache auf Grund der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen schmackhaft zu machen (vergl. Förster-Eccius Bd. I. S. 490 flg.). Es ist ihr aber nicht gelungen, was beispielsweise Dernburg (Band II. § 20) nicht verkennt. Auch das Reichsgericht (Entscheidungen Bd. 2 S. 272) hat keine stichhaltige Begründung für die traditionelle Lehre zu liefern vermocht.

Aehnlich steht es mit den Lebensversicherungsverträgen zu Gunsten Dritter. Hier hat unter Anderem der unschuldige § 2152 Thl. II. Tit. 8 Allgemeinen Landrechts das Material hergeben müssen, um die Beitritts-Theorie des Allgemeinen Landrechts lahm zu legen (vergl. z. B. Bd. I. S. 380 der Entscheidungen des Reichsgerichts). Jetzt kommt es begreiflicherweise nicht darauf an, in eine Polemik gegen die bisherige Judikatur und Litteratur einzutreten. Es ist nur von Interesse zu zeigen, wie gewaltsam die Entwickelung zum Verlassen des alten landrechtlichen Standpunktes bei einigen Kategorien von Verträgen über Leistungen an Dritte drängte. Das Drängen und Treiben zur Aufgabe der alten Beitritts-Theorie kann man auch anderweit zur Genüge wahrnehmen (vergl. z. B. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 10 S. 242).

Auf die Schuldübernahmeverträge zwischen einem alten Schuldner und dem neuen Schuldner wollen wir absichtlich an dieser Stelle nicht eingehen. Wenn man nicht von der Kategorie der „Verträge zum Vortheile Dritter" sondern von der Kategorie der „Verträge über Leistungen an Dritte", die der Entwurf allein kennt, ausgeht, so gehören diese Verträge hierher und es bleibt blos zu untersuchen, ob für sie Sonderbestimmungen erforderlich sind (vergl. §§ 853, 854, 1405 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches und Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 12 S. 161). Ebenso ist der Vertrag zwischen Gläubiger und neuem Schuldner über Befreiung des alten Schuldners ohne Zuziehung des letzteren hierher zu rechnen. Denn die Leistung an einen Dritten kann gemäß §§ 206, 207 auch in einem Unterlassen bestehen und während der Verzicht des Gläubigers auf Geltendmachung der Schuld gegen den alten Schuldner nach der Generalregel des § 290 der Annahme durch den alten Schuldner bedürfte, kann die befreiende Wirkung des Vertrags zwischen Gläubiger und neuem Schuldner für den alten Schuldner ohne dessen Zuziehung (vergl. § 314) aus der Regel der direkten Berechtigung des Dritten durch Verträge über Leistungen an ihn ohne Weiteres hergeleitet werden. Wir werden die Lehre von der Schuldübernahme später eingehend erörtern. Hier lassen wir sie absichtlich bei Seite, um eine klare Darstellung der Lehre von den Verträgen über Leistungen an Dritte im Allgemeinen zu erzielen und beschränken uns auf den Hinweis, daß auch auf jenem Gebiete derselbe Gedanke an die unmittelbare Berechtigung des Dritten aus den Verträgen Anderer sich immer kräftiger Geltung zu schaffen versucht hat.

Um dies zu belegen bedarf es keiner Citate.

Die Verfasser des Entwurfes haben es für geboten erachtet, die unmittelbare Berechtigung des Dritten aus Verträgen Anderer über Leistungen an ihn nur mit der Beschränkung anzuerkennen,

„sofern aus dem Inhalte des Vertrages sich ergiebt, daß diese Berechtigung des Dritten gewollt ist." (§ 412.)

So anerkennenswerth es ist, bei Aufstellung neuer Grundsätze von erheblicher Tragweite in einem Gesetzbuche eine gewisse Vorsicht walten zu lassen, so gefährlich ist es andrerseits durch eine derartige Verklausulirung das Prinzip selbst in Frage zu stellen. Es kann Richter geben, welche sagen, ich glaube niemals, daß die Vertragschließenden eine unmittelbare Berechtigung des Dritten gewollt haben, wenn sie nicht im Vertrage sagen, der Dritte solle auf die Leistung direkt ohne Weiteres klagen können, oder dergleichen. Andere werden sagen, die Berechtigung des Dritten ist offenbar stets gewollt, wenn nur eine Leistung an ihn versprochen wird, denn sonst würde eben keine Leistung an ihn versprochen. Wird aber unter den Vertragschließenden vereinbart, daß an ihn nur geleistet werden soll, wenn er beistimmt, oder wenn ein bestimmter Zeitpunkt gekommen ist oder das und das der Fall ist (unter einer Befristung oder Bedingung), so liegt eine unmittelbare Berechtigung des Dritten gleichfalls vor, natürlich nur eine bedingte oder betagte, gleichwie wenn dem einen Vertragschließenden unter einer Bedingung oder zu einem bestimmten Termin von dem anderen Vertragschließenden eine Leistung versprochen wird, wo doch dieser gleichfalls sofort, wenngleich nur bedingt u. s. w. berechtigt wird. Wenn die Zustimmung des Dritten Bedingung der Leistung an ihn ist, so ist die Sache nicht anders zu beurtheilen, wie bei Verträgen, die auf das nackte Wollen des einen Vertragschließenden gestellt sind (Kauf auf Probe). Eine Mittelmeinung kann man sich eigentlich nicht gut denken.

Läßt man die Klausel des § 412 stehen, so wie sie ist, so besteht die Gefahr, in Grundsatzlosigkeit und Willkür zu verfallen, worauf Bähr in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 380 fg. unseres Erachtens mit Recht hingewiesen hat. Auch fehlt es bei der Annahme der Klausel an der ganzen Theorie, wie es denn mit dem Vertrage über Leistung an einen Dritten zu halten ist, wenn seine unmittelbare Berechtigung nicht gewollt ist. Erlangt er dann je ein selbstständiges Recht aus dem Vertrage? Durch Beitrittserklärung oder

Cession der Rechte des Promissars? Die Motive möchten die Angelegenheit der Wissenschaft überweisen. Das sollte aber in einer dermaßen grundlegenden Materie nicht geschehen.

Wollte man die Klausel des § 412 negativ fassen, sofern sich nicht aus dem Inhalte des Vertrages ergiebt, daß diese (direkte) Berechtigung des Dritten nicht gewollt ist, so würde das Prinzip zwar etwas schärfer hervortreten, die Sache aber sich nicht wesentlich ändern.

Wie die Sache praktisch zu gestalten, dafür scheint uns der Satz 2 des § 414 einen Fingerzeig zu gewähren. Dort hat man es für ersprießlich erachtet, vorzuschreiben:

„Nach der Entstehung des Forderungsrechts (des Dritten) ist eine solche Aenderung oder Aufhebung (durch Vertrag der ursprünglichen Vertragschließenden) nur zulässig, wenn der Inhalt des Vertrages ergiebt, daß die Vertragschließenden die Befugniß dazu sich haben vorbehalten wollen."

Hier wird also durch einen Vorbehalt der Vertragschließenden die Befugniß gewahrt, das Recht des Dritten ohne seine Zuziehung, also über seinen Kopf hinweg, zu beseitigen. Das Recht des Dritten ist trotz des Vorbehaltes entstanden, aber der Vorbehalt gewährt einem Andern das Recht der Beseitigung. So lange der Vorbehalt in Wirksamkeit besteht, erscheint das Recht des Dritten gewissermaßen als resolutiv bedingt. Es besteht für den Fall, daß es durch die Vertragschließenden nicht etwa wieder auf Grund des Vorbehaltes beseitigt wird. Sollte es da nicht das Einfachste und Richtigste sein, in denjenigen Fällen, wo man den stillschweigenden Vertragswillen darauf gerichtet erachtet, daß die Leistung an den Dritten abgeändert oder aufgehoben werden kann, dieses Abänderungs- und Aufhebungsrecht zu statuiren, statt die Entstehung des Rechts für den Dritten hier in der Schwebe zu lassen. Man wird aber bei bedingten und betagten Versprechen der Leistung an einen Dritten stets annehmen dürfen, daß die Vertragschließenden sich die Abänderung oder Aufhebung bis zum Eintritt der Bedingung oder Ablauf der Frist vorbehalten wollen, wenn sie das auch nicht ausdrücklich vereinbaren. Man braucht nur an das Beispiel der Gutsüberlassungsverträge und die Lebensversicherungen zu denken.

Der Gutsüberlasser braucht das Geld, das an seine Verwandten nach dem Tode desselben sonst zu zahlen ist, nothwendig; der Versicherte nimmt ein Darlehen auf die Versicherungssumme bei der Versicherungsgesellschaft auf. Hier hat die Praxis auch ohne besonderen

Vorbehalt stets geholfen. Der Vorbehalt ist eben bei bedingten und betagten Versprechen der Leistung an einen Dritten als selbstverständlich anzusehen, so lange die Bedingung nicht erfüllt ist oder die Frist läuft. Bei unbedingten und unbefristeten Versprechen ist er nicht selbstverständlich und bedarf des Ausdruckes. Eine Ausnahme muß freilich statuirt werden, wenn der Dritte mit Bewilligung der Vertragschließenden dem Vertrage beigetreten ist. Alsdann hat, wenn kein besonderer Vorbehalt gemacht wurde, sein Recht, selbst wenn es bedingt oder betagt ist, eine der einseitigen Disposition der Vertragschließenden entzogene Unterlage erlangt. Dem Beitritt dürfte angemessen der Fall an die Seite gestellt werden, wo der Promissar dem Dritten benachrichtigt und dieser dem Promittenten unter Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Benachrichtigung (vergl. § 301) erklärt hat, die Leistung annehmen zu wollen.

So lange das Forderungsrecht des Dritten, sei es in Folge der Bedingung oder Befristung oder in Folge besonderen Vorbehalts der Disposition der Vertragschließenden, noch nicht entrückt ist, erscheint es als resolutiv bedingt durch das Abänderungs- und Aufhebungsrecht der Vertragschließenden, so daß es, wenn es an sich suspensiv bedingt ist, doppelt bedingt sein kann; dies kommt namentlich in Betracht wenn der Dritte etwa sein Recht auf die Leistung an einen Anderen abtritt. Der Dritte kann natürlich nur so viel Rechte erwerben, als der Cedent hatte. Bei Pfändungen im Wege der Zwangsvollstreckung liegt die Sache ebenso. Was den Vorbehalt der Abänderung und Aufhebung anbetrifft, so wird ähnlich wie beim Widerruf der Schenkung aus naheliegenden Gründen festzusetzen sein, daß das Abänderungs- und Aufhebungsrecht während des Schwebens der Bedingung resp. des Laufes der Frist sowohl, als auch wenn es gegenüber der sonst unbedingten Berechtigung des Dritten ausdrücklich vorbehalten wurde, nur dem Vertragschließenden, welcher das Versprechen der Leistung an den Dritten empfangen hat, nicht seinen Erben zusteht, es sei denn, daß dieses Recht den Erben ausdrücklich vorbehalten wurde. Um nicht zu breit zu werden, überlassen wir den Lesern, die Beispiele sich selbst zu bilden, welche das praktische Bedürfniß belegen werden. Nur eins: Nach dem Gutsüberlassungsvertrage ist einem Seitenverwandten eine bestimmte Summe, zahlbar 3 Monate nach dem Tode, stipulirt. Die Erben des Ueberlassers wollen durch Pakt mit dem Erwerber die Leistung beseitigen. — Dagegen darf nicht daran gedacht werden, das

Recht des Promissars zu einem höchst persönlichen zu-stempeln. Der Promissar muß das Recht, die Leistung an den Dritten aufzurufen und seinem eigenen Vermögen zuzuführen, auf einen Anderen übertragen können (vergl. den Fall der Auflösung der Versicherung durch den Konkursverwalter).

Der Entwurf bezw. die Motive zu demselben lassen die Frage ganz unberührt, ob nicht unter Umständen dem Promissar das Recht des einseitigen Widerrufs der Leistung an den Dritten zustehen soll. (Vergl. Art. 128 Abs. 2 des Schweiz. Obligationenrechts, § 855 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs.) Wenn der Dritte mit dem Erwerber eines Gutes gemeinsame Sache macht, wird der in Noth befindliche Ueberlasser sich vergeblich wegen Aufhebung der Leistung an den Dritten bemühen, wenn er sich nicht den einseitigen Widerruf vorbedingte. Man wird aber recht wohl das Recht, die Leistung an ihn selbst statt an den Dritten zu fordern, ihm gewährleisten dürfen, wenn erweislich er allein bei der Leistung an den Dritten interessirt war. Der Erwerber eines Grundstücks ist ein Fremder und verspricht im Kaufvertrage an einem bestimmten Termin an einen Verwandten des Verkäufers eine Summe zu zahlen, statt an Verkäufer, weil letzterer, wie im Vertrage erwähnt wird, seinem Verwandten die Summe in Aussicht gestellt hat. Der Verkäufer widerruft vor Eintritt des Termins und begehrt Zahlung an ihn selbst.

Es bedarf kaum der Hervorhebung, daß es nicht genügen würde, wollte man an der Acceptations- und Beitritts-Theorie im Allgemeinen festhalten und nur beim Tode des Promissars das Recht des Dritten direkt zur Entstehung gelangen lassen. Wenn der Promittent sofortige Leistung an einen Dritten versprochen hat, muß er sich durch Erfüllung alsbald von seiner Verpflichtung befreien können. Ebenso würden wir es für einen Mißgriff ansehen, wollte man nur bei unbedingten und unbetagten Versprechen das Recht des Dritten auf die Leistung entstehen lassen, bei bedingten und betagten dagegen ihn nicht als berechtigt, auch nicht als bedingt oder betagt berechtigt ansehen. Dadurch würde eine Dissonanz hervorgerufen gegenüber der sonstigen Auffassung bedingter und betagter Berechtigungen, die unangenehm berührt.

Daß der Dritte unter Umständen ein Recht erwirbt, von dem er nichts weiß, darf nicht befremden. Das ist auch bei einem Machtgeber der Fall, für den der Bevollmächtigte ein Geschäft abschließt. Und daß die Vertragschließenden bei unbedingt und unbetagt dem

Dritten versprochenen Leistungen ohne besonderen Vorbehalt nicht mehr in der Lage sind, die Leistungspflicht, die dem Dritten noch nicht einmal bekannt ist, zu beseitigen, findet auch bei den Vollmachtsverhältnissen seine Analogie. Dem Bevollmächtigten gestattet z. B. seine Vollmacht bestimmte Verträge einzugehen, sie aber nicht abzuändern oder aufzuheben. Oder soll man für solche Fälle die Klausel des § 412 aufrecht erhalten und behaupten, daß in allen Fällen, wo den Vertragschließenden die Sache alsbald nach dem Vertragschlusse wieder leid wird, anzunehmen sei, so lange hätten sie wenigstens die direkte Berechtigung des Dritten nicht gewollt? Müßte man da nicht konsequent annehmen, daß die Berechtigung des Dritten vor erlangter Kenntniß niemals gewollt sei! Und wenn man dies wollte, sollte man da nicht gleich den Anfang der Berechtigung statt auf den schwer feststellbaren und doch so wichtigen Moment der erlangten Kenntniß auf den Moment der Annahme oder des Beitritts verlegen? Dann wären wir richtig wieder bei dem alten Standpunkt früherer Gesetzgebungen angekommen.

Noch Eins: Nimmt man die direkte Berechtigung des Dritten aus Verträgen über Leistungen an ihn an, auch bei bedingten oder betagten, so geht natürlich das Recht des Dritten bei dessen Ableben auf seine Erben über. Das könnte bei Lebensversicherungen einigermaßen bedenklich erscheinen. Obwohl auch hier schon nach dem jetzigen Juristenrecht der Uebergang der Rechte des Dritten auf seine Erben als dem bestehenden Rechte entsprechend angesehen wird (vergl. Scherer in Gruchot's Beiträgen Band 32 Seite 534). Man könnte aber gerade meinen, daß hier das Bedürfniß vorhanden sei, den Uebergang des Rechts von dem Dritten auf seine Erben auszuschließen, wenn der Dritte vor dem Promissar stirbt. Man könnte weiter gerade aus diesem angeblichen Bedürfnisse ein Argument dafür herzuleiten suchen, daß die Berechtigung des Dritten in Abhängigkeit von dem Willen der Vertragschließenden gelassen werden müsse, so daß die Klausel des § 412 schon deshalb allein gerechtfertigt wäre. Wir sind anderer Ansicht. Der Promissar hat das Abänderungs- und Aufhebungsrecht, eventuell das einseitige Widerrufsrecht. Er hat es also in der Hand, die Leistung sich oder Anderen zu sichern, wenn er nach dem Tode des Dritten nicht an dessen Erben geleistet haben will. Er kann auch gleich im Vertrage vorsehen, daß die Leistung an den Dritten in Person erfolgt, wenn dieser zur Zeit der Fälligkeit lebt, wenn er aber verstorben ist, an ihn, den Promissar selbst oder

einen Anderen zu erfolgen hat. Unter Umständen kann auch dieser Vertragswille natürlich, wenn Bezügliches nicht ausdrücklich festgesetzt, aus anderen Thatsachen gefolgert werden. Das genügt. Wer an die Erben des Dritten die Leistung nicht gelangen lassen will, mag dagegen Vorkehrung treffen, wie das schon jetzt durch Versicherungs-Bedingungen geschieht, um Zweifeln zu begegnen.

Nach dem Gesagten würden wir die Klausel, sofern aus dem Inhalte des Vertrages sich ergiebt, daß diese Berechtigung des Dritten gewollt ist, im § 412 zu streichen empfehlen.

Den § 413, welcher lautet:

„Das Forderungsrecht des Dritten entsteht mit dem Zeitpunkt, in welchem es nach dem aus dem Inhalte des Vertrages sich ergebenden Willen der Vertragschließenden zur Entstehung gelangen soll",

würden wir als im engsten Zusammenhange mit der Klausel des § 412 stehend, streichen, ebenso den § 414, welcher vorschreibt:

„So lange das Forderungsrecht des Dritten auch nicht als bedingtes oder betagtes entstanden ist (als was denn?), kann das Versprechen der Leistung an den Dritten von den Vertragschließenden geändert oder wieder aufgehoben werden. Nach der Entstehung des Forderungsrechts ist eine solche Aenderung oder Aufhebung nur zulässig, wenn der Inhalt des Vertrages ergiebt, daß die Vertragschließenden die Befugniß dazu sich haben vorbehalten wollen."

Dagegen würden wir empfehlen zu sagen:

„§ 412 Absatz 1. Wird in einem Vertrage von einem der Vertragschließenden eine Leistung an einen Dritten versprochen, so wird der Dritte hierdurch unmittelbar berechtigt, von dem Versprechenden die Leistung zu fordern."

„§ 413. Ist die Leistung an den Dritten bedingt oder betagt versprochen, so können die Vertragschließenden vor Eintritt der Bedingung oder Ablauf der Frist das Versprechen der Leistung an den Dritten abändern oder aufheben.

Ist die Leistung unbedingt und unbetagt versprochen oder die ursprünglich gesetzte Bedingung eingetreten, beziehungsweise die gesetzte Frist abgelaufen, oder ist der Dritte dem Vertrage mit Zustimmung der Vertragschließenden beigetreten, oder hat er unter Vorlegung einer öffentlich beglaubigten

Urkunde über die ihm durch den Empfänger des Versprechens gemachte Mittheilung, dem Versprechenden erklärt, daß er die Leistung annehmen wolle, so können die Vertragschließenden das Versprechen der Leistung an den Dritten ohne dessen Zustimmung nur dann abändern oder aufheben, wenn sie sich diese Befugniß vorbehalten haben. Der Vorbehalt gilt im Zweifel nicht zu Gunsten der Erben desjenigen, der das Versprechen der Leistung empfangen hat.

Der Vertragschließende, welcher das Versprechen der Leistung empfangen hat, kann einseitig unter den gedachten Voraussetzungen die Leistung an den Dritten widerrufen und fordern, daß an ihn geleistet oder Ersatz gewährt werde, wenn er sich dieses Recht vorbehalten hat oder nach dem Inhalte des Vertrages er allein daran interessirt ist, daß die Leistung an den Dritten geschehe."

Der Absatz 2 des § 412 giebt dem Vertragschließenden, welcher das Versprechen empfangen hat, das Recht, zu fordern, daß die Leistung an den Dritten bewirkt werde, wenn nicht ein Anderes bedungen ist.

Man wird dieses Recht des Promissars nicht wohl entbehren können, weil er neben dem Dritten ein selbstverständiges Interesse an der Leistung haben kann. Der Dritte hat den und den Schaden, weil die Leistung an ihn nicht erfüllt wird. Dem Promissar, der von ihm in Anspruch genommen wird, erwächst ein besonderer Schaden; der Umstand, daß der Promittent gleichzeitig mit zwei Prozessen auf Erfüllung von dem Dritten und dem Promissar heimgesucht werden kann, darf nicht irre machen.

Der Entwurf überläßt die Frage, ob für die Form der Verträge über Leistung an einen Dritten das Verhältniß unter den Vertragschließenden allein entscheiden soll oder auf die causa der Zuwendung an den Dritten Rücksicht zu nehmen ist, der Wissenschaft. Dies erscheint uns nicht gerade bedenklich, aber praktischer will es uns doch scheinen, durch einen kurzen Satz diese Frage bündig zu regeln. Die Wissenschaft wird schon zur Genüge mit Aufgaben bedacht. Ziehen wir ein paar einfache Fälle in Betracht. A. will dem C. 1000 Mark schenken. Er verkauft ein Pferd an B. und läßt diesen in Anrechnung auf den Kaufpreis 1000 Mark an C. promittiren. B. wird an C. nach unserem Gefühl zahlen müssen, auch wenn die gerichtliche oder notarielle Form nicht beliebt wurde.

B. weiß vielleicht von der Schenkungsabsicht des A. garnichts. Sein Versprechen der 1000 Mark ist kein Schenkungsversprechen. A. aber giebt kein Schenkungsversprechen in dem Vertrage an C. ab, selbst wenn seine Absicht beim Vertragsschlusse zum Ausdruck gelangt. (B. verspricht an C., dem A. diesen Betrag schenken will, 1000 Mark zu zahlen.) A. vollzieht vielmehr, da C. sofort berechtigt wird, ob bedingt oder nicht, ob befristet oder nicht, eine Schenkung durch Veräußerung. Jedenfalls nach der Lehre des Entwurfs, wonach der Dritte direkt berechtigt wird (vergl. Band 10 Seite 279 der Entscheidungen des Reichsgerichts).

Ein anderes Beispiel. B. will ursprünglich dem A. 2 000 schenken. Dieser sagt ihm, daß C. die 2 000 viel nöthiger brauche, er möge ihm die 2 000 an C. zu leisten versprechen. B. thut dies dem A. gegenüber, welcher, wie er bemerkt, sonst aus eigenen Mitteln dem C. ein Geschenk gemacht hätte. Hier liegt nach unserer Meinung zweifellos ein Schenkungsversprechen vor, für das die gerichtliche oder notarielle Form am Platze ist. Die Form soll den Schenker vor Uebereilung schützen. Dieser Schutz ist nothwendig, mag das Versprechen dem zu Beschenkenden selbst oder einem Andern ertheilt werden. In letzterem Falle erst recht, weil man vielleicht noch leichtsinniger verfährt, wenn man einem Anderen als seinem künftigen Gläubiger gegenüber mit Versprechungen um sich wirft. Da nun der § 440 Abs. 1 bloß auf Schenkungsversprechen, die der Schenker dem Schenknehmer giebt, berechnet ist und aus den gewählten Beispielen ohne Weiteres erhellt, daß für eine Formvorschrift betreffend die Verträge über Leistungen an Dritte bestimmend sein muß, ob vom Standpunkte des Versprechenden eine Liberalität in Frage ist, so scheint es wohl gerathener anstatt zu schweigen, zu sagen:

> Versprechen der Leistung an einen Dritten bedürfen der Form, welche für den Fall vorgeschrieben ist, daß die Leistung dem anderen Vertragschließenden selbst versprochen wird.

Durch die allgemeine Fassung wird zugleich der Fall getroffen, wo der Promittent dem Dritten das Eigenthum an einem Grundstück zu übertragen sich verpflichtet (§ 351).

Besonderer Erwähnung bedarf der Vertrag, durch welchen die Leistung **an einen Dritten, der noch nicht geboren oder wohl gar noch nicht empfangen ist**, versprochen wird. Da der Entwurf den generellen Grundsatz nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodo ipsius partus quaeritur nicht adoptirt hat

(Motive zu § 3 Bd. I S. 23) und nur im Erbrecht mit diesem Grundsatze im Einklange befindliche besondere Bestimmungen trifft (§ 1758 Abs. 1, § 1964 Abs. 2, § 1867 Abs. 2 Nr. 2, § 2026), so erscheinen beide Arten von Dritten, Empfangene und noch nicht zur Welt Geborene, wie noch nicht Empfangene und nicht Geborene, als rechtsunfähig (§ 3) hinsichtlich der Versprechen von Leistungen an einen Dritten, insbesondere auch hinsichtlich der Schenkungen, an die eine Auflage zu Gunsten Dritter geknüpft wird und für die § 412 bis 416 für anwendbar erklärt sind (§ 448). Legislatorisch wird man sie frühestens mit der Geburt Rechte aus Verträgen über Leistungen an sie erwerben lassen dürfen und ebenso aus Schenkungen mit Auflagen zu ihren Gunsten. Sieht man alsdann ihre Berechtigung als gewissermaßen durch ihre Geburt bedingt an (vergl. Motive zu § 1867 Bd. IV S. 180) so wird sich die Sache an sich einfach regeln.

Das Recht der Vertragschließenden zur Abänderung oder Aufhebung der betreffenden Leistung bis zur Geburt wird nach dem System des Entwurfs alsdann wie nach dem unsrigen nicht bezweifelt werden können. Aber die Frage harrt zuvor der Lösung, ob überhaupt das Versprechen der Leistung an einen rechtsunfähigen Dritten verbindlich ist und mit seiner Geburt die Berechtigung des Dritten auf die Leistung zur Entstehung gelangen kann. Im Allgemeinen wird man nach dem Gesagten annehmen müssen, daß ein Dritter, der noch nicht geboren ist, durch Verträge Anderer für den Fall seiner Geburt nicht berechtigt werden kann.

Es bedarf also einer positiven Vorschrift, welche noch nicht geborene Dritte für den Fall der Geburt aus Verträgen über Leistungen an dieselben als berechtigt erscheinen läßt und soll dem Gesichtspunkte Rechnung getragen werden, daß es sich nicht empfiehlt, der Disposition der Lebenden auf Jahrhunderte hinaus freien Spielraum zu lassen (abgesehen von den Instituten der Familienfideikommisse, Familienstiftungen und Lehen, für welche die Landes-Gesetzgebung maßgebend bleibt), so wird man passend unter Anlehnung an die §§ 1813, 1869, Absatz 2 vorschreiben, daß Leistungsversprechen an Dritte hinfällig werden, wenn der Dritte nicht wenigstens innerhalb der nächsten 30 Jahre seit dem Vertragsschlusse geboren ist. Daß überhaupt Leistungen an Dritte, die noch nicht geboren sind, verbindlich versprochen werden dürfen, dazu scheint das praktische Bedürfniß vorhanden zu sein und es scheint nicht geboten, die Befriedigung

dieses Bedürfnisses auf das Gebiet der letztwilligen Verfügung zu verweisen, während es sich gelegentlich gern der Form der Schenkung mit Auflage bedient. (Vergl. Bd. 10, S. 242 der Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 11, S. 248.)

Es dürfte sich hiernach eine positive Vorschrift des Inhalts empfehlen:

„Wird in einem Vertrage von einem Vertragschließenden eine Leistung an einen Dritten versprochen, der noch nicht geboren ist, so wird der Dritte mit seiner Geburt berechtigt, von dem Versprechenden die Leistung zu fordern, falls er innerhalb der nächsten 30 Jahre seit dem Vertragsschlusse geboren wird."

Der stillschweigende Vorbehalt der Abänderung oder Aufhebung beziehungsweise des einseitigen Widerrufs, der wir überall bei bedingten und betagten Berechtigungen Dritter supponiren, kommt denjenigen zu statten, welchen ob der 30jährigen Wartezeit ein Grauen überfällt.

Nach § 415 soll es, wenn der Dritte das Forderungsrecht zurückweist, so angesehen werden, wie wenn das Forderungsrecht nicht entstanden wäre. Damit ist nicht viel gewonnen. Die Hauptfrage ist die, wie das Verhältniß unter den Vertragschließenden in Folge der Zurückweisung sich gestaltet.

Das wollen die Motive der Bestimmung nach dem Inhalt und der Natur des Vertrages überlassen. Wir glauben, daß das Gesetz schon dadurch gewönne, wenn man dies im Gesetze selbst zum Ausdruck brächte. Erscheint der Dritte als aus dem Vertrage unmittelbar berechtigt, so ist die Zurückweisung identisch mit Verzicht auf die Leistung. Da der Versprechende die dadurch hervorgerufene Unmöglichkeit, die Leistung aus dem Vertrage zu bewirken, nicht verschuldet, so muß an sich die Leistungspflicht überhaupt erlöschen, wenn nicht durch den Vertrag ausdrücklich oder als selbstverständlich eine Ersatzleistung an denjenigen, der das Versprechen der Leistung an den Dritten empfing, vorgesehen ist. Man wird allgemein annehmen dürfen, daß wo die Leistung als Entgelt für eine andere Leistung des Promissars versprochen wurde, gewollt ist, daß im Falle der Zurückweisung der Leistung durch den Dritten, der Promittent dem Promissar die Leistung mache oder Ersatz gewähre. Versprach der Promissar dem Promittenten eine Schenkung an den Dritten, so ist natürlich ein Anspruch des Promissors, wenn der Dritte die Schen-

tung zurückweist, ausgeschlossen. Kaufte der Promittent vom Promissar ein Grundstück für 40 000 und versprach in Anrechnung auf den Kaufpreis 10 000 an C. zu zahlen (von Schuldübernahme war nicht die Rede), C. aber wies die Leistung zurück, so darf man davon ausgehen, daß die Vertragschließenden es als selbstverständlich betrachteten, daß nun zur Erfüllung der 40 000 Kaufpreis, 10 000 an den Verkäufer geleistet werden sollen. Versprach B. dem A. neben 500 Kaufpreis für ein Pferd, noch ein Jahr lang dem C. unentgeltlich Klavierunterricht zu geben, so wird die Sache schon schwieriger, wenn C. den Unterricht zurückweist. Muß B. dem A. in Geld Ersatz leisten, wenn nichts ausgemacht ist? Er ist Klavierlehrer, den Unterricht gäbe er gern, eine Geldleistung ist ihm höchst unbequem. Hier wird eine sorgfältige Prüfung des Vertragswillens nöthig. Die 500 können den eigentlichen Preis bezeichnen, der Unterricht bloß als eine Art Zugabe versprochen sein, die wegfällt, wenn der Dritte nicht unterrichtet sein will. Wir wollen auf die Kasuistik nicht weiter eingehen.

Die Vorschrift des § 415:

> wenn die Leistung zurückgewiesen wird, so fällt sie weg,

legt, ohne daß man die Motive heranzieht, die mißverständliche Auffassung nahe, als solle damit gesagt werden:

> so ist eben nichts zu leisten.

Man wird also besser thun in § 415 zu sagen:

> „Weist der Dritte die Leistung zurück, so bestimmt sich nach dem Inhalte und der Natur des Vertrages, ob die Leistungspflicht erlischt, oder statt an den Dritten nunmehr an den Vertragschließenden, welcher das Versprechen empfangen hat, die Leistung zu bewirken oder Werthsersatz zu gewähren ist. Ist die Leistung an dem Dritten als Entgelt für eine Leistung desjenigen, der das Versprechen empfangen hat, zugesagt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Leistung nunmehr an ihn erfolgen oder ihm Werthsersatz gewährt werden soll."

Wird die Leistung an den Dritten durch dessen Tod unmöglich, z. B. der Klavierunterricht im obigen Falle, der natürlich den Erben nicht ertheilt werden kann, so wird man im Allgemeinen davon ausgehen dürfen, daß die Vertragschließenden gewollt haben, die Leistung solle wegfallen, ohne daß Ersatz zu leisten sei, es sei denn im Vertrage der Fall besonders vorgesehen und eine Ersatzleistung an den Promissar stipulirt. Nach dieser Richtung ist zu einer besonderen

gesetzlichen Regelung kein Bedürfniß vorhanden. Ebenso scheint es dem Parteiwillen gemäß, wenn nicht ein besonderer Vorbehalt gemacht wurde, daß die Leistung an den Dritten, der erst geboren werden soll, wegfällt, wenn er innerhalb des Zeitraums von 30 Jahren nicht geboren wird. Auch hier wird eine Ersatzleistung an den Promissar bloß dann Platz zu greifen haben, wenn sie durch den Vertrag besonders vorgesehen ist, während in den Fällen der Zurückweisung der Leistung durch den Dritten eine unseres Erachtens durchaus nicht selbstverständliche Direktion durch das Gesetz dahin zu geben ist, daß auch ohne besondere Vereinbarung im Allgemeinen die Leistung an den Promissar statt an den Dritten als gewollt zu betrachten ist, wenn diese Leistung den Charakter der Gegenleistung an sich trägt. Ist man anderer Ansicht, so wäre § 415 entsprechend zu erweitern. Die betreffenden Fragen können aber auch wegen ihrer nicht allzu erheblichen Tragweite ruhig der Wissenschaft überlassen bleiben (vergl. noch l. 2 § 7 Dig. de donationibus 39, 5. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 7 S. 256. 257).

Zu § 416, welcher sagt:

„Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu, wenn nicht ein anderes aus dem Inhalt des Vertrages erhellt,"

mag nur erwähnt werden, daß, wenn Jemand eine Sache kauft und den Kaufpreis an einen Dritten zu zahlen verspricht (ohne daß von der Uebernahme einer Schuld des Verkäufers die Rede ist), der Dritte natürlich nur Zug um Zug mit der Uebergabe der Kaufsache Zahlung fordern kann. Sein Recht ist also bis dahin bedingt, kann also vorher durch die Vertragschließenden abgeändert werden. Fehler beeinflussen seine Forderung (vergl. Förster-Eccius Bd. I S. 490 unter Nr. 9 und in Bezug auf Lebensversicherungen Bd. II S. 466 Note 12. Die wissentliche falsche Deklaration schadet dem Dritten, zu dessen Gunsten die Versicherung genommen wurde). Kann also der Käufer wegen Fehlerhaftigkeit redhibiren, so kann er Zahlung an den Verkäufer wie an den Dritten ablehnen. Bezüglich des Rechtes auf Preisminderung wird man ihm überlassen müssen, ob er einen Abzug dem Verkäufer an dem diesem stipulirten Theile des Kaufgeldes oder dem für den Dritten stipulirten Theile machen will. Es sei denn, daß der Vertrag ergiebt, daß dem Dritten vor allen Dingen seine Forderung, die ihm stipulirte Leistung, ungeschmälert zufließen sollte. Bei der Schuldübernahme wird die Minderung des

gleichzeitig stipulirten Restkaufgeldes als dem Willen der Vertragschließenden entsprechend vorgesehen werden können. Dabei kommen übrigens noch andere Gesichtspunkte (koincidirender Anerkenntnißvertrag?) in Betracht, die uns verhindern, hier auf die Sache weiter einzugehen (vergl. Dernburg Bd. II § 65 Note 6, Förster-Eccius Bd. I S. 788. Entscheidungen des Preußischen Obertribunals Bd. 80 S. 68, Striethorst Archiv Bd. 95 S. 312, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. I S. 403 Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Heft 1 S. 132 flg.).

Compensirt der Versprechende mit einer Gegenforderung und erklärt er nur den Rest an den Dritten leisten zu wollen, so wird es darauf ankommen, ob der Empfänger des Versprechens zustimmt, so lange das Abänderungsrecht besteht. Denn hier liegt eine Abänderung des ursprünglichen Vertrages vor. Das Gleiche hat in Betreff der Fristgewährung durch den Promissar zu gelten. Sobald das Recht des Dritten dem Abänderungs- und Aufhebungsrecht der Vertragschließenden entzogen ist, können Rechtsvorgänge, die sich unter den Vertragschließenden abspielen, das Recht des Dritten nicht mehr beeinflussen. Damit steht auch die Fassung des § 416 vollkommen im Einklange. Denn er beschäftigt sich nur mit den Einwendungen aus dem ursprünglichen Vertrage.

Das Resultat unserer Erörterungen dürfen wir dahin zusammenfassen, daß wir auch hier gefunden haben, wie im Prinzip der Entwurf auf dem richtigen Grundgedanken beruht und auf einer gesunden Fortentwickelung des Rechts in den durch praktische Bedürfnisse nahe gelegten Bahnen hinzuwirken bestrebt ist. Wenn wir dabei glaubten, einige Abänderungen empfehlen zu dürfen, so geschah es vorzugsweise, weil wir meinten, daß dadurch die betreffende Lehre an Klarheit gewänne.

II. Zu § 314 bis 319 des Entwurfs (Schuldübernahme).

Während der Entwurf mit Recht eine Bestimmung für entbehrlich ansieht, wonach mit Zustimmung aller 3 betheiligten Faktoren (Gläubiger, bisheriger Schuldner, neuer Schuldner) eine Schuld auf andere Schultern gelegt werden kann, hält er es für erforderlich, den nur von 2 der Betheiligten (Gläubiger und neuer Schuldner; alter und neuer Schuldner) geschlossenen Schuldübernahmeverträgen besondere Vorschriften zu widmen.

Bezüglich des zwischen Gläubiger und neuen Schuldner geschlossenen Vertrages bestimmt der § 314:

„Die Verbindlichkeit aus einem Schuldverhältnisse kann durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten von diesem in der Weise übernommen werden, daß der bisherige Schuldner aufhört, Schuldner zu sein, und der Dritte an dessen Stelle tritt (Schuldübernahme)."

Der Vertragswille soll, wenn anders er darauf gerichtet ist, befreiende Wirkung für den bisherigen, nicht zugezogenen Schuldner ausüben können, wie die Erfüllung der Schuld durch einen Dritten ohne Zuziehung des Schuldners (§ 227). Natürlich ist auch ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten denkbar, wonach der letztere neben dem alten Schuldner als Gesammtschuldner accessorisch in die Schuld eintritt, also unter Aufrechterhaltung der Verhaftung des alten Schuldners.

Wir haben schon bei den Versprechen über Leistung an einen Dritten diesen Fall gestreift und festgestellt, daß die Befreiung des alten Schuldners sich sehr wohl aus der Regel über die unmittelbare Berechtigung des Dritten aus Verträgen über Leistungen an ihn (hier über die Unterlassung der Einforderung der Schuld von ihm) herleiten ließe. Aber deshalb halten wir die besondere Vorschrift des § 314 doch als zur Klarstellung dienlich. Dagegen halten wir den Paragraphen nicht schon deshalb für nöthig, weil er die Grundanschauung des Entwurfs, wonach Sondernachfolge in Schuld möglich ist, nebenher zum Ausdruck bringt. Angesichts der freien Vertragstheorie, welche wir haben, ist es durchaus selbstverständlich, daß der Vertragswille auch die Kraft äußern kann, daß ein Dritter eine fremde Schuld ganz in der Weise auf sich nimmt, mit ihren Mängeln und Vorzügen, wie sie in der Person eines Anderen zur Entstehung gelangte, und wenn einer Gesetzgebung jedes angenommene Versprechen einer Leistung zur Entstehung von Schuldverhältnissen genügt mit der alleinigen Ausnahme, daß bei Schenkungsversprechen und bei Schuldversprechen ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes besondere Formen zu beobachten sind, so kann die Gültigkeit des hier in Rede stehenden Vertrages nicht bezweifelt werden. In dem Versprechen der Bezahlung einer fremden Schuld ist ein Schenkungsversprechen nicht zu finden. Eine Schenkungsabsicht gegen den Gläubiger, der zu fordern hat, der durch die Erfüllung stets nur das ihm Gebührende erhält, kann hier als kausal für den Schuldübernahme-

vertrag nicht in Frage kommen. Oekonomisch betrachtet, kann sich freilich, wenn der alte Schuldner ein erklärter Habenichts ist, das Versprechen der Tilgung seiner Schuld einem Schenkungsversprechen nähern. Es würde uns jedoch zu weit führen, wollten wir auf derartige Fälle hier näher eingehen und wir dürfen dahin gestellt sein lassen, ob nicht etwa gelegentlich im einzelnen Falle sich unter der Hülle der Schuldübernahme eine wahre Schenkung an den Gläubiger verbirgt. Jedenfalls ist es gleichgültig, ob der Schuldübernehmer dem bisherigen Schuldner durch die Schuldübernahme eine Schenkung machen will, denn dem bisherigen Schuldner gegenüber liegt in der Schuldübernahme sicher kein Schenkungs*versprechen*, sondern die Verwirklichung der Schenkungsabsicht selbst. Die Bezugnahme auf eine fremde Schuld hat man aber von je als eine genügende Bezeichnung des Verpflichtungsgrundes für ein Schuldversprechen angesehen. Die Wirksamkeit des Verzichtes auf Geltendmachung der Forderung gegen den alten Schuldner, welche an sich ohne Annahme (§ 230) in Frage stehen würde, kann allerdings ohne Heranziehung der Vorschriften über Versprechen der Leistung an Dritte aus der allgemeinen Vertragstheorie und der unbeschränkten Zulassung aller Konsensualverträge allein nicht hergeleitet werden.

Im Uebrigen gestalten sich die Rechtsverhältnisse bei einem Schuldübernahmevertrage im Sinne des § 314 (Expromission) nicht wesentlich anders als im Römischen Rechte, wenn der neue Schuldner dem Gläubiger durch Stipulation novirend versprach, dasjenige zu leisten, was der alte Schuldner aus dem und dem Geschäfte demselben schuldete (nicht eine bestimmte Schuldsumme). Dort hatte der Gläubiger gegen den neuen Schuldner klagend zu beweisen, daß ihm der alte Schuldner z. B. durch Kauf und Uebergabe so und so viel schuldig geworden sei und der neue Schuldner sich durch Stipulation verpflichtet habe, was jener schulde, zu bezahlen. Der neue Schuldner konnte in Abrede stellen, daß jener die behauptete Summe schuldig geworden sei, er konnte den Minderwerth der verkauften Sache wegen ihrer Fehler, ihre erfolgte Rückgabe wegen Fehlerhaftigkeit geltend machen u. s. w. Materiell liegt jetzt die Sache ebenso, und es ist eigentlich ein Streit um Worte, wenn wir jetzt die Sache so konstruiren, der neue Schuldner schuldet *dieselbe* Schuld wie der alte, während die Römer von der Regel der Unübertragbarkeit der Schuldverhältnisse auf der aktiven wie auf der passiven Seite (außer im Erbrecht) ausgehend, sagten, der neue Schuldner schulde aus der Stipulation, die

nur in künstliche, aber für den Verkehr unbedingt nothwendige Abhängigkeit von der alten Obligation gebracht war.

Durch die erwähnte Stipulationsform (quidquid Titius debet ex illa causa, dare spondes?) war die Stipulation mit der alten Obligation in einer Weise verquickt, welche vollständig vergessen lassen konnte, daß man es mit einem neuen Schuldner überhaupt zu thun hatte und der Effekt der Singular-Succession in die passive Seite der Obligation nahezu vollkommen erreicht.

Natürlich kann sich die Sache auch so gestalten, daß der neue Schuldner dem Gläubiger eine bestimmte Summe zu zahlen verspricht, während dieser den bisherigen Schuldner freigiebt. Dann liegt die Sache nicht wesentlich anders als bei der Stipulation, durch welche im Römischen Recht der neue Schuldner dem Gläubiger eine bestimmte Geldsumme, unter Novation der Obligation des alten Schuldners versprach. Wenn sich auch der § 314 nicht ausdrücklich über diesen Fall verhält, so würden wir doch einem so gestalteten Vertrage ähnliche Wirkungen beizumessen haben; nur daß hier der Vertrag dem neuen Schuldner die Möglichkeit nimmt, seinem bestimmten Summenversprechen gegenüber auf Einreden aus der vorvertragsmäßigen Zeit, wie sie ihm etwa der bisherige Schuldner an die Hand geben könnte, zurückzugreifen.

Wir wenden uns nun zu dem „Schuldübernahmevertrag“, welchen der bisherige Schuldner und der neue Schuldner ohne Zuziehung des Gläubigers abschließen. Bei Besprechung der §§ 412 bis 416 des Entwurfs haben wir bereits gesehen, daß dieser Vertrag, vom Standpunkt des Gläubigers aus einmal zunächst betrachtet, unbedenklich den Verträgen über Leistung an einem Dritten einzureihen ist (vergl. Bd. 12 S. 161 der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts), so sehr man sich mit Fug gegen die Auffassung des gedachten Vertrages als einer Unterart der Verträge zum Vortheil Dritter sträuben mag. Zum Ueberfluß polemisiren deshalb die Motive gegen die Einreihung des Vertrages unter die Verträge zum Vortheile Dritter (Bd. 2 S. 144), obschon der Entwurf letztere Kategorie überhaupt nicht kennt. An sich liegt auch darin, daß es sich bei dem fraglichen Vertrage um das Versprechen einer Leistung handelt, dessen Erfüllung zum Mindesten nebenher den ursprünglichen Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, nichts, was zu einer abweichenden Auffassung drängen könnte. Steht eine Gesetzgebung auf dem Standpunkte, daß durch den Ver-

trag über Leistung an einen Dritten, der Dritte unmittelbar berechtigt wird, so erhält bei einem Vertrage, wonach ein Anderer die Schuld des Primus an den Tertius zu tilgen verspricht, der Tertius einfach unmittelbar durch den Vertrag einen neuen Schuldner und ob dadurch der frühere Schuldner frei wird oder nicht, ist zunächst für die juristische Konstruktion ohne Belang. Steht eine Gesetzgebung auf dem Standpunkte, daß der Dritte durch den Vertrag über Leistungen an ihn jedenfalls dann unmittelbar berechtigt wird, wenn die Vertragschließenden dies gewollt haben, so wird wenigstens, wenn alter und neuer Schuldner die unmittelbare Berechtigung des Gläubigers gegenüber dem neuen Schuldner bei Abschluß des Uebernahmevertrages wirklich wollten, unbeschadet der Frage nach der Entlassung des alten Schuldners, die unmittelbare Berechtigung des Gläubigers aus einem so gearteten Vertrage kaum in Zweifel gezogen werden dürfen. Man kann auch, an den Ausdruck „Schuldübernahme" sich klammernd, keineswegs aus der Natur des Vertrages herleiten, daß die Entlassung des alten Schuldners selbstverständliche Bedingung für den Eintritt des neuen Schuldners ist. Vielleicht mag der Ausdruck „Schuldübernahme" nicht ganz passend befunden werden für Verträge, bei denen die Vertragschließenden die Entlassung des alten Schuldners aus der Haft nicht ausdrücklich oder stillschweigend als Bedingung der Verhaftung des neuen Schuldners setzen, man wird aber zugeben müssen, daß derartige Verträge, bei denen der neue Schuldner ganz wie der alte dem Gläubiger als correns haften will, denkbar sind, häufig sind und sie die juristische Konstruktion sicher ohne Zwang den Verträgen über Leistungen an Dritte unterordnen wird. Es kann sich bei denselben nur fragen, ob besondere Vorschriften deshalb als geboten erscheinen, weil der Dritte schon zu dem alten Schuldner in Beziehung stand, beziehungsweise noch steht, weil es dieselbe Schuld ist, die der alte und neue Schuldner schulden u. s. w.

Kein Rechtssystem kann so weit gehen, dem bisherigen Schuldner zu gestatten, durch Vertrag mit einem Anderen dem Gläubiger einseitig einen neuen Schuldner von vielleicht äußerst problematischer Leistungsfähigkeit zu oktroyiren, dagegen darf man unbedenklich gestatten, dem Gläubiger durch Vertrag des bisherigen Schuldners mit einem Anderen einen zweiten Schuldner derselben Schuld zu geben, und es ist nur die Frage zu lösen, ob im Zweifel die unmittelbare Verhaftung des neuen Schuldners bei einem Vertrage zwischen alten

und neuen Schuldner über die Schuldübernahme als von den Vertragschließenden gewollt anzusehen ist, auch wenn der alte Schuldner nicht gleichzeitig von seiner Haft befreit wird; oder ob man annehmen soll, daß im Zweifel nur die Schuldübernahme unter der Bedingung der Haftentlassung des alten Schuldners als gewollt zu gelten hat. Letzteres thut der Entwurf, Ersteres halten wir für das Richtigere. Wir brauchen uns nur die Unzahl von Grundstücks-Kaufverträgen anzusehen, bei denen die Schuldübernahme vorzugsweise praktisch ist. Wer möchte da behaupten, daß die Parteien den Vertrag nicht gewollt haben, wenn der Darlehnsgläubiger, dessen hypothekarisch verbriefte Post der Käufer übernahm, die Marotte hat, den Verkäufer der persönlichen Haft nicht zu entlassen. Bei dem hohen Immobiliarstempel der Grundstücksveräußerungsverträge, bedingte wie unbedingte, in den meisten deutschen Staaten belastet, könnte die Rücksicht auf ihn schon von der Neigung, derartig bedingte Verträge abzuschließen, fernhalten. Die Vertragschließenden denken nicht daran, ihren Vertrag in solche Abhängigkeit von den Entschließungen eines Gläubigers zu setzen, und das Interesse an der Verkehrserleichterung verbietet, eine vorherige Kommunikation mit dem Gläubiger zur Pflicht zu machen. Auf anderen Gebieten, z. B. bei der Uebernahme eines Handelsgeschäfts mit seinen Passiven, liegt die Sache ebenso, und es sollte bei einem Rechtssystem, das prinzipiell die unmittelbare Berechtigung des Dritten aus Verträgen über Leistungen an ihn, wenn sie wenigstens gewollt ist, zuläßt, nicht verkannt werden, daß der Wille der Vertragschließenden, der einmal auf die Berechtigung eines Dritten gerichtet ist, diesen Effekt auf thunlichst kürzestem Wege zu erreichen bestrebt ist, daß daher, wenn man die Berechtigung des Dritten von der Haftentlassung des alten Schuldners im konkreten Falle abhängig sein lassen will, die Parteien diese Bedingung ausdrücklich bei Abschluß ihres Vertrages setzen mögen. Eine Schuldübernahme, isolirt von einem anderen Vertrage, ist eine Rarität. Sie ist ja isolirt, abgesehen von dem Falle der Schuldübernahme solutionis causa wohl nur denkbar als Akt der Verwirklichung einer Schenkungsabsicht gegen den bisherigen Schuldner, und hier wünscht der Schenker unter allen Bedingungen vom Gläubiger in Anspruch genommen zu werden, er müßte keine redliche Schenkungsabsicht sonst haben. Normal erscheint die Schuldübernahme als Nebenvertrag, und hier spricht schon ihre nebensächliche Stellung dafür, daß weder sie selbst, noch der Hauptvertrag nach dem muthmaßlichen Willen der Parteien von der Zu-

stimmung des Gläubigers in die Entlassung des alten Schuldners abhängen sollen. Ist die Haft des neuen Schuldners durch die Vertragschließenden in bedingte Abhängigkeit von der Entlassung des alten Schuldners thatsächlich gebracht, so muß bis zum Eintritt der Bedingung das Abänderungs- und Aufhebungsrecht der Vertragschließenden beziehungsweise das einseitige Widerrufsrecht des Promissars im Anschluß an unsere Ausführungen zu den Verträgen über Leistungen an einen Dritten anerkannt werden. Keinesfalls haben wir den Gedanken der Sondernachfolge in Schuld (entgegen S. 144 Bd. II der Motive) irgendwelche Zugeständnisse zu machen, da wir in der Lage sind, den neuen Schuldner als Gesammtschuldner neben den alten Schuldner treten zu lassen, so daß beide als in gleicher Weise zu derselben Leistung verpflichtet erscheinen.

Wenn wir in unseren etwas aprioristischen Erörterungen, zu denen wir durch die allgemeine Vertragslehre des Entwurfs und unsere Anschauungen hinsichtlich der Verträge über Leistungen an einen Dritten gedrängt wurden, fortfahren dürfen, so giebt es hier die weitere Frage zu lösen, wie das Verhältniß der beiden Vertragschließenden zu gestalten ist, während wir bisher vorzugsweise den am Vertragsschlusse nicht betheiligten Gläubiger in's Auge faßten. Ist die Haft des neuen Schuldners vor der Entlassung des alten Schuldners aus der Haft durch den Gläubiger bedingt, so geht der muthmaßliche Parteiwille dahin, daß der Schuldübernehmer die Entschließung des Gläubigers herbeizuführen hat. Fällt sie ungünstig aus, so fällt der Vertrag zusammen. Ist die Schuldübernahme aber gewollt, auch wenn der alte Schuldner der Haft nicht entlassen wird, was wir im Zweifel nach obigen Ausführungen immer annehmen, so entsteht die weitere Frage, ob nach dem muthmaßlichen Parteiwillen, wenn der Vertrag diesen Gegenstand nicht besonders ordnet, der Schuldübernehmer verpflichtet ist, die sofortige Befreiung des bisherigen Schuldners herbeizuführen, oder nur für denselben bei Erfüllung einzutreten. Der Entwurf hat das unbestreitbare Verdienst, auf diesen Unterschied im Maße der Pflichten des Schuldübernehmers hingewiesen zu haben (§ 318) und seine Entscheidung, wonach im Zweifel der neue Schuldner nur bei der Erfüllung statt des bisherigen Schuldners einzutreten hat, dürfte das Richtige treffen und durchaus den Anforderungen des Verkehrs entsprechen. Freilich scheint der Entwurf, indem er einen Gegensatz von Erfüllungsübernahme und Schuldübernahme konstruirt und die

Erfüllungsübernahme zu einem besonderen Rechtsbegriff auszubilden sich bemüht, über das Ziel ein wenig hinauszuschießen. In beiden Fällen übernimmt doch füglich der Schuldner die Tilgung fremder Schuld und man kann hier wie dort von Schuldübernahme und Erfüllungsübernahme reden.

Von der grundsätzlichen Regel, wonach der Schuldübernehmer im Zweifel die liberatorische Erklärung des Gläubigers nicht zu verschaffen, sondern bloß für ihn erfüllend einzutreten hat, hält der Entwurf (§ 318 Absatz 2) eine Ausnahmevorschrift zu Gunsten der Kaufverträge für geboten. Hier soll im Allgemeinen Schuldübernahme im engeren Sinne, also an sich auch die Befreiungspflicht des Käufers als gewollt angesehen werden, der Käufer aber gleichwohl dem Verkäufer nur dafür haften, daß dieser von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen werde. Anscheinend wird dabei übersehen, daß wenn der Vertrag als von der Genehmigung des Gläubigers bedingt nach der Struktur des Entwurfes anzusehen ist, seine Erklärung, wonach er nicht genehmigt, auch wenn der Käufer eine Erklärung desselben überhaupt zu beschaffen nicht verpflichtet ist, genügt, um den Vertrag überhaupt über den Haufen zu werfen. Von unserem Standpunkte aus müssen wir gerade beim Kaufvertrage an der Regel festhalten, daß zwar sofortige unmittelbare Berechtigung des Gläubigers gegen den schuldübernehmenden Käufer Platz zu greifen hat, daß aber im Zweifel der Käufer seinem Verkäufer bloß verpflichtet ist, im gegebenen Falle ihn erfüllend zu vertreten, nicht alsbald ihm eine Haftentlassungs-Erklärung des Gläubigers zu verschaffen. Sollte man etwa für Kaufverträge die Regel aufstellen wollen, Käufer habe die Entlassung der Verkäufers nach dem zu vermuthenden Parteiwillen herbeizuführen und natürlich auch, wenn ihm das bei der Hartnäckigkeit des Gläubigers nicht gelingt, das Interesse zu leisten, so hieße das in vielen Fällen nichts anderes, als ihn wirthschaftlich total ruiniren. Man denke z. B. an einen Fall, wo der Gläubiger ein Darlehn auf Seiten des Schuldners 10 Jahre unkündbar (jetzt bei den Schwankungen des Zinsfußes durchaus nichts Seltenes!) hergegeben hat und der Käufer nun den Verkäufer, den der Gläubiger der Haft nicht entläßt, Sicherheit gegen jeden persönlichen Angriff durch Hinterlegung oder sonst zu bieten hätte. Gerade hier erkennt man recht, wie weise der Gesetzgeber handelt, der im Zweifel so weit tragende Wirkungen dem Schuldübernahmevertrage im Verhältnisse der Vertragschließenden unter einander nicht beimessen will.

Wir haben schon betont, daß der Gesetzgeber nimmermehr zulassen darf, daß dem Gläubiger durch den Vertrag Dritter an Stelle seines Schuldners ein anderer, vielleicht völlig leistungsunfähiger aufgedrungen werde. Will man in die Gläubigerrechte gesetzgeberisch zu Gunsten der Uebertragung von Schulden von einer Person auf die andere eingreifen, so kann es nur in der Richtung geschehen, daß man aus dem Stillschweigen des Gläubigers nach erlangter Kenntniß von erfolgter Schuldübernahme während einer gewissen Zeit sein Einverständniß mit der im Effekte doch immer gewollten Entlassung des alten Schuldners aus der Haft folgert. Wollte man ganz allgemein das Stillschweigen des Gläubigers zu Gunsten des alten Schuldners auslegen, so läge darin eine äußerst bedenkliche Härte gegen den Gläubiger, welche ihn zwänge, sich ständig in protestirender Situation gegenüber Schuldübernahmen, von denen die eine die andere jagen kann, zu halten. Der § 41 des Preußischen Eigenthumsgesetzes Absatz 2 hat den angedeuteten Weg betreten. Der § 41 jenes Gesetzes lautet:

> „Hat der Erwerber eines Grundstückes die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Uebernahmevertrage nicht beigetreten ist.
>
> Der Veräußerer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigenthümer des Grundstücks gekündigt und binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit eingeklagt hat. Ist das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft, so beginnt die Frist mit Ablauf der Zeit oder Eintritt des Ereignisses."

Nicht die Thatsache, daß der Gläubiger Kenntniß vom Uebernahmevertrage irgendwie erlangt hat, ist von Belang. Der Veräußerer muß ihm die Uebernahme bekannt gegeben haben. Darin erblickt das Gesetz eine Aufforderung zur Entlassung aus der Haft, welche der Gläubiger durch konkludentes Verhalten, Stillschweigen während geraumer Zeit, mit „ja" beantworten kann. Der Gläubiger wird sich sehr häufig durch den Umstand, daß sein Geld mit Rücksicht auf das Pfandobjekt gut angelegt, die Person des Schuldners von sehr

nebensächlicher Bedeutung ist, bestimmen lassen, zu schweigen. Gerade deshalb bedeutet der citirte Paragraph des Preußischen Gesetzes für den Immobiliarverkehr eine große Erleichterung. Der Uebergang der Schulden vollzieht sich spielend ohne den Apparat förmlicher Entlassungsurkunden. Daß über den § 41 des gedachten Gesetzes vielfach Prozesse entbrannt sind, darf nicht beirren. Das ist das Geschick neuer Gesetze, die wesentliche Neuerungen bringen. Es kann das namentlich nicht in Betracht kommen gegenüber der Härte, welche darin liegt, wenn man vielleicht nach Jahrzehnten wegen einer Schuld in Anspruch genommen wird, die auf einem längst dem Gesichtskreise entschwundenen Besitzthum lastete. Man sollte, meinen wir, den Gedanken des Preußischen Gesetzes nicht preisgeben, sondern im Verkehrsinteresse (vergl. Förster-Eccius Bd. I. S. 778) weiter ausbauen. Bei einer Gesetzgebung, die wie der Entwurf die exceptio excussionis realis oder die Verweisung des Gläubigers auf das Pfand nicht kennt, kann nur die Klage gegen den persönlichen Schuldner unterbrechen. Die Frist, die dem Gläubiger gewährt wird, um sich schlüssig zu machen, sei nicht zu knapp bemessen, damit er den neuen persönlichen Schuldner kennen lerne und sich über die Frage der Entlassung des alten Schuldners in Ruhe schlüssig machen, auch zunächst versuchen könne, von diesem oder aus dem Grundstücke Befriedigung zu erlangen. Die kurze Verjährungsfrist von 2 Jahren, welche der Entwurf kennt (§ 156), wird indessen ausreichen. Einen Fortschritt auf der einmal betretenen Bahn würde es unseres Erachtens bedeuten, wenn es gleichviel wäre, von welcher Seite die Kenntniß von dem Schuldübergange und damit die Anregung zur Frage nach der Entlassung des bisherigen Schuldners aus der Haft käme. Die Benachrichtigung des Grundbuchamtes von dem Eigenthumswechsel wird freilich niemals hinreichen, weil an den Eigenthumswechsel sich die Schuldübernahme nicht ohne Weiteres knüpft. Fraglicher ist es, ob man noch einen Schritt weiter in der Richtung gehen soll, daß man auch bei der Uebernahme nicht hypothekarisch verbriefter Schuldposten, z. B. bei Uebernahme eines Handelsgeschäfts, die Haft des früheren Schuldners nach einer gewissen Zeit erlöschen läßt, so daß die Sache sich ähnlich gestaltete, wie beim Erlöschen der Haft eines ausgeschiedenen Gesellschafters oder Genossenschafters für Schulden der Gesellschaft beziehungsweise Genossenschaft in Folge der kurzen Verjährung. Wir würden auch diesen Schritt unbedenklich wagen, zumal wenn für die im Momente der Schuldübernahme noch nicht

fälligen Forderungen, wie im Preußischen Gesetze, durch Fristerstreckung gesorgt wird.

Der Grundsatz wäre etwa so zu formuliren:

„Hat ein Dritter durch Vertrag mit dem bisherigen Schuldner eine Schuld desselben übernommen, so erlischt der Anspruch des Gläubigers gegen den bisherigen Schuldner, wenn er die Schuld gegen ihn nicht binnen zwei Jahren seit erlangter Kenntniß von der Schuldübernahme eingeklagt hat. Ist die Fälligkeit der Schuld von einer voraufgehenden Kündigung abhängig, so verlängert sich die Frist um die Kündigungsfrist. Ist das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft, so beginnt die Frist nach Ablauf der Zeit oder Eintritt des Ereignisses."

Was die Gestaltung des Einrederechts des neuen Schuldners gegenüber dem Gläubiger anbetrifft, so halten wir besondere Vorschriften, wie sie der § 316 des Entwurfs bringt, für entbehrlich. Wir können auf die bei Besprechung des § 314 des Entwurfs bereits gemachten Bemerkungen verweisen. Tritt der neue Schuldner ganz in die alte Schuld des bisherigen Schuldners, so stehen ihm natürlich auch seine Einreden zur Verfügung. Daß er Forderungen die den bisherigen Schuldner zustehen, wenn sie ihm nicht mit abgetreten werden, nicht zur Aufrechnung bringen kann, folgt aus § 282. Verspricht der neue Schuldner, der eine Sache kauft, blos dem Verkäufer einen bestimmten Theil des Kaufgeldes an einen Dritten zu zahlen, so liegt überhaupt keine Schuldübernahme vor, sondern eine andere unbestrittene Spezies der Verträge über Leistungen an Dritte. Uebernimmt aber der Käufer beispielsweise die Darlehnsschuld des Verkäufers an einen Dritten von x Mark in Anrechnung auf das Kaufgeld, so liegt eine Schuldübernahme vor, die aber gleichzeitig mit einer Anerkennung oder Feststellung der Schuld von Seiten des bisherigen Schuldners zusammenfällt und zur Folge haben muß, daß der Schuldner keinerlei Einrede aus dem früheren Verhältnisse zwischen Gläubiger und alten Schuldner vorschützen darf (vergl. Bähr, Urth. des Reichsgerichts S. 86. 87. Rocholl Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Heft 1 S. 132 ff.). Irrte sich der alte Schuldner über den Umfang seiner Verpflichtungen, so mag er dem Gläubiger gegenüber kondiziren, hat der Vertragswille einmal die Kraft, Dritte unmittelbar zu berechtigen, sei es mit ihrer Genehmigung, wie der Entwurf

will, oder ohne dieselbe, wie wir gern wollten, so muß er diese Wirkung auch in dem Umfange äußern, in dem er zur Erscheinung trat. Wir würden deshalb auch so weit gehen, dem Schuldner der Fehler der verkauften Sache entdeckt, nicht zu gestatten, dem Darlehnsgläubiger mit der Minderungseinrede Abstriche an der übernommenen Schuld zu machen, weil der Minderwerth die baare Anzahlung übersteigt, die er vom Verkäufer zunächst zurückforderte. Er mag auch wegen des überschießenden Betrages sich an den Verkäufer halten. Ebenso halten wir den § 317 des Entwurfs, welcher die Frage nach der Behandlung der Bürgschaften und Pfänder bei der Schuldübernahme an sich sachgemäß regelt, für überflüssig. Es bedarf nicht der ausdrücklichen Regelung durch das Gesetz, um Bürgschaften und Pfandrechte mit dem Erlöschen der Schuld des alten Schuldners zu Grunde gehen zu lassen, wenn nicht ausdrücklich die Person des Schuldners in ganz außergewöhnlicher Weise als belanglos im Bürgschafts- oder Verpfändungsvertrage bezeichnet wurde, so daß der Vertragswille thatsächlich den Fall einer Schuldübernahme mitumfaßte und die Haft ohne Rücksicht auf die Person des Schuldners unbedingt bis zur vollen Befriedigung des Gläubigers fortdauern sollte. Die Frage kann im einzelnen Falle durch Interpretation ohne große Schwierigkeit gelöst werden. Natürlich müssen auch bloße Vorzugsrechte mit der Schuldübernahme hinwegfallen, die etwa der Gläubiger gegenüber dem Vermögen des alten Schuldners hatte, wie der § 317 noch ausdrücklich hervorhebt. Dies wird gleichfalls schwerlich bezweifelt werden.

Nach Allem gelangen wir zu folgenden wenigen Paragraphen, die wir an Stelle der §§ 315 bis 318 des Entwurfs gesetzt sehen möchten:

„§ 315. Durch einen Vertrag, welchen der bisherige Schuldner ohne Zuziehung des Gläubigers mit einem Andern schließt und worin der letztere die Schuld jenes übernimmt, wird der bisherige Schuldner nicht befreit, der Gläubiger aber gegenüber dem Schuldübernehmer berechtigt. Auf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer finden die Vorschriften über das Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 412 bis 416) Anwendung."

§ 316 würden wir fassen, wie oben bei Besprechung des § 41 des Preußischen Eigenthumsgesetzes vorgeschlagen. Es würde also durch § 316 die stillschweigende Haftentlassung des alten Schuldners zu regeln sein.

§ 317 würden wir, den Gedanken des § 318 verwerthend, so formuliren:

„Im Zweifel ist der neue Schuldner aus dem Schuldübernahmevertrage dem bisherigen Schuldner gegenüber nicht verpflichtet, die sofortige Befreiung desselben zu bewirken, sondern nur statt seiner zu erfüllen."

Um die Uebersicht zu erleichtern, lassen wir an dieser Stelle die §§ 315 bis 318 des Entwurfs zugleich mit dem bereits gebilligten § 314 und dem noch zu billigenden § 319 des Entwurfs abdrucken.

§ 314.

Die Verbindlichkeit aus einem Schuldverhältnisse kann durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten von diesem in der Weise übernommen werden, daß der bisherige Schuldner aufhört, Schuldner zu sein, und der Dritte an dessen Stelle tritt (Schuldübernahme).

§ 315.

Die Schuldübernahme kann auch durch einen Vertrag erfolgen, welcher zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldübernehmer geschlossen wird. Ein solcher Vertrag wird für und gegen den Gläubiger erst mit dessen Genehmigung wirksam. Bis zur Ertheilung der Genehmigung können die Vertragschließenden den Vertrag aufheben oder ändern. Der Schuldübernehmer ist dem bisherigen Schuldner zur Verschaffung der Genehmigung verpflichtet.

Das Recht des Gläubigers zur Ertheilung der Genehmigung ist davon abhängig, daß ihm der eine oder andere Vertragschließende von dem Vertrage Mittheilung gemacht hat. Wird die Genehmigung verweigert, so ist der Gläubiger zur nachträglichen Ertheilung derselben nur berechtigt, wenn er zu derselben aufgefordert wird. Als Verweigerung der Genehmigung gilt es, wenn dem Mittheilenden innerhalb einer von ihm festgesetzten Frist eine bestimmte und ausdrückliche Erklärung nicht zukommt; die Genehmigung sowie deren Verweigerung kann nach Beginn der Frist nur gegenüber dem Mittheilenden erklärt werden.

§ 316.

Der Schuldübernehmer kann dem Gläubiger Einreden nicht entgegensetzen, welche eine ausschließliche Beziehung auf

die Person des bisherigen Schuldners haben. Er kann Forderungen, welche dem bisherigen Schuldner zustehen, nicht zur Aufrechnung bringen. Er kann Einwendungen aus dem Rechtsgrunde der zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner vereinbarten Schuldübernahme nicht herleiten.

§ 317.

Die zur Zeit der Schuldübernahme mit der Forderung verbundenen, zur Verstärkung derselben dienenden Nebenrechte bleiben bestehen. Nicht bestehen bleiben jedoch die Rechte aus einer von einem Dritten für die Forderung geleisteten Bürgschaft oder bewirkten Verpfändung, es sei denn, daß ohne Rücksicht auf die Person des bisherigen Schuldners die Bürgschaft geleistet und das Pfandrecht bestellt worden ist, oder daß der Gegenstand des Pfandrechtes zur Zeit der Schuldübernahme dem Schuldner rechtlich zugehört.

Die zur Zeit der Schuldübernahme mit der Forderung verbundenen bloßen Vorzugsrechte fallen weg.

§ 318.

Verpflichtet ein Dritter sich dem Schuldner, die Leistung an den Gläubiger zu bewirken (Erfüllungsübernahme), so haftet er nur dafür, daß der Gläubiger den Schuldner nicht in Anspruch nimmt; er ist nicht verpflichtet, die sofortige Befreiung des Schuldners zu bewirken. Im Zweifel ist anzunehmen, daß nicht die Schuldübernahme, sondern die Erfüllungsübernahme beabsichtigt sei.

Ist bei einem Kaufvertrage vereinbart, daß der Käufer eine Verbindlichkeit, für welche der Verkäufer persönlich haftet, in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen habe, so ist, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellt, eine den Vorschriften des § 315 unterliegende Schuldübernahme als vereinbart anzusehen. Der Käufer ist jedoch zur Verschaffung der Genehmigung des Gläubigers nicht verpflichtet; er haftet dem Verkäufer nur dafür, daß dieser von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird.

§ 319.

Uebernimmt Jemand durch Vertrag das ganze gegenwärtige Vermögen eines Anderen, so haftet er den Gläubigern

des letzteren von der Schließung des Vertrages an für die zu dieser Zeit vorhandenen Schulden, jedoch nicht über den Werth des Aktivvermögens hinaus und unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners. Wird das Aktivvermögen, bevor es dem Uebernehmer ausgefolgt ist, ohne dessen Verschulden vermindert, so haftet der Uebernehmer nicht über den Werth des übrig gebliebenen Vermögens hinaus.

Eine Vereinbarung, durch welche die im ersten Absatze vorgeschriebene Haftung ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nichtig.

Im Falle der Uebernahme nur eines Bruchtheiles des Vermögens finden die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes entsprechende Anwendung.

Zusätzlich wollen wir nur noch bemerken, daß es einer Begrenzung der Zulässigkeit der Schuldübernahme mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung (die Leistung ist an die Person geknüpft, höchstpersönlicher Natur) durch das Gesetz nicht bedarf, wie die Motive (S. 146 a. a. O.) zutreffend hervorheben.

Auch ist die Aufnahme besonderer Vorschriften in das Gesetzbuch, wonach die Schuldübernahme, die sich an einem Kauf oder einen anderen synallagmatischen Vertrag knüpft, bis zur Erfüllung der Gegenleistung (Zug um Zug) in der Schwebe bleibt und als bedingt zu gelten hat, nicht geboten. Wir haben schon bei Behandlung der Verträge über Leistungen an Dritte auch für diesen Fall gültige allgemeine Grundsätze entwickeln dürfen.

Was den § 319 des Entwurfs anbetrifft, so ist er der Ausdruck eines gesunden Gedankens. Wir fürchten auch nicht, daß Jemand verkennt, obschon dies nicht mit dürren Worten gesagt ist, daß der Erwerber eines ganzen gegenwärtigen Aktivvermögens für die Schulden desselben von Rechtswegen zu haften hat, auch wenn er im Vertrage diese Verhaftung ausdrücklich ablehnte.

Eine große Tragweite darf man dem § 319 nicht beimessen, denn fortan wird jeder, der unlautere Absichten hat, Geschäfte nicht in die Form der Uebernahme eines ganzen Vermögens oder eines Bruchtheils desselben kleiden, sondern das Geschäft in Atome zerlegen und es wird dann doch blos die Anfechtung der einzelnen Geschäfte dem benachtheiligten Gläubiger übrig bleiben, während der § 319 gerade nach der Richtung offenbar sich dienstbar erweisen soll, daß er den

Umweg der Anfechtung erspart und direkt zum Ziele führt. Für den Fall der Uebernahme eines Geschäftsvermögens — es braucht nicht unbedingt dabei an eine Handelsfirma gedacht zu werden — ist der Paragraph leider nicht verwerthbar und uns will es scheinen, als ob ein weiterer Ausbau in der Richtung beschränkterer Inbegriffe, als es das ganze gegenwärtige Vermögen eines Menschen ist, nicht so leicht durchführbar wäre. Sicher aber würde auch hier der Nutzen gegenüber den Schleichwegen unlauterer Elemente ein verschwindend geringer sein. Bemerkenswerth bleibt, daß hier der Gesetzgeber die direkte Verhaftung des freiwilligen oder unfreiwilligen Schuldübernehmers gegenüber dem Gläubiger ohne Weiteres aus dem Vertrage herzuleiten kein Bedenken getragen hat.

Zum Sachenrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Gutachten I.

Von Justizrath **Max Wolff** in Berlin.

Das Sachenrecht des Entwurfs zum Bürgerlichen Deutschen Gesetzbuche hat sich die Aufgabe gestellt, die rechtlichen Beziehungen der Person zur Sache, mithin vornehmlich die dinglichen Rechte zu ordnen.

Dingliche Rechte finden nach dem Entwurfe nur an Sachen im eigentlichen Sinne, an körperlichen Dingen, Statt, und ihre Zahl ist eine geschlossene, so daß die Betheiligten nur solche Rechte begründen können, deren Begründung das Gesetz zuläßt.

Der Entwurf regelt die römischen jura in re, mit Ausnahme der Emphyteusis, sowie das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallasten und die Grundschuld, und es werden in 9 Abschnitten behandelt:

> Allgemeine Vorschriften, Besitz und Inhabung, Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken, Eigenthum, Vorkaufsrecht an Grundstücken, Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Reallasten, Pfandrecht und Grundschuld.

Der Entwurf hat die Theorie vom titulus und modus acquirendi verlassen, der dingliche Vertrag ist vom obligatorischen Grunde unabhängig.

Die Rechte an unbeweglichen Sachen sind unter der Voraussetzung des Grundbuchsystems auf der Grundlage des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs und des Konsens- und Eintragungsprinzips gestaltet. Die Voraussetzung ist dahin ausgesprochen, daß gleichzeitig mit der Einführung des Gesetzbuchs im Wege der Reichsgesetzgebung

eine die Einrichtung des Grundbuchs in ihren Einzelheiten regelnde Grundbuchordnung erlassen wird.

Die Stellung des Sachenrechts in dem Systeme des Entwurfs und die hervorgehobenen Hauptprinzipien sind durchaus zu billigen. Ebenso erscheint es gerechtfertigt, daß von der Regelung durch das Gesetzbuch die in der Anmerkung 1 zur Ueberschrift bezeichneten Rechtsmaterien ausgeschlossen sind.

Dem Einführungsgesetz ist vorbehalten, die Stellung des Gesetzbuchs zu diesen Rechtsmaterien und die Zuständigkeit der Landesgesetzgebungen für dieselben zu bestimmen.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

Die allgemeinen Vorschriften haben für das Gesetzbuch den praktischen Zweck, daß sie die Wiederholung von Normen, welche für verschiedene Rechte gelten, bei der Regelung derselben entbehrlich machen.

Für die Erreichung dieses Zwecks wird es zutreffend als genügend bezeichnet, wenn die folgenden Punkte in ihrer allgemeinen Bedeutung näher bestimmt werden:

Der Sachbegriff:

Wie schon bemerkt, sind Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände.

Die Kategorien:

vertretbare, verbrauchbare und unbewegliche Sachen, sowie der Begriff des einheitlichen Grundstücks.

Bestandtheile.

In den §§ 782 bis 785 werden diejenigen Bestandtheile einer Sache, welche von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere Bestandtheil zerstört oder in seinem Wesen verändert wird, als wesentliche Bestandtheile bezeichnet, und werden dazu bei Grundstücken Gebäude und Erzeugnisse gerechnet, die letzteren, so lange sie mit dem Boden zusammen hängen. Es wird bestimmt, daß an solchen Bestandtheilen ein von dem Rechte an der Sache im Ganzen abgesondertes Recht nicht stattfindet. Es würde danach die Veräußerung eines Bestandtheils ausgeschlossen sein; in den §§ 898 bis 902 wird jedoch der Erwerb des Eigenthums an Erzeugnissen und ähnlichen Bestandtheilen der Sache näher behandelt. In den

§§ 901 und 902 wird für die Fälle Bestimmung getroffen, daß der Eigenthümer oder der Nutzungsberechtigte einer Sache einem Anderen gestattet, Erzeugnisse oder andere Bestandtheile derselben sich zuzueignen. Für die Anwendung dieser Vorschriften ist nicht erforderlich, daß zur Zeit der Erklärung des Veräußerers die zu tradirende Sache schon eine selbstständige Existenz hat. Die Vorschriften sollen nach den Motiven nicht blos auf Verträge Platz greifen, durch welche Eigenthum übertragen, sondern auch auf Verträge, in denen Pfand- und Nießbrauchsrechte an den Früchten bestellt werden sollen.

Es erscheint mir geboten zu bestimmen, daß auf solche Verträge die Vorschriften der §§ 901 und 902 entsprechende Anwendung finden, und in dem Einführungsgsgesetze vorzusehen, daß die §§ 714 und 725 der Civ. Proz. Ord., wonach Früchte, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet und versteigert werden können, Geltung behalten.

Zubehör.

Der § 789 enthält den Begriff des Zubehörs.

„Zubehör einer Sache sind diejenigen beweglichen Sachen, welche, ohne Bestandtheile der Hauptsache zu sein, derselben bleibend zu dienen bestimmt und in ein dieser Bestimmung entsprechendes äußeres Verhältniß zur Hauptsache gebracht sind, es sei denn, daß nach der Verkehrssitte eine solche Sache nicht als Zubehör angesehen wird."

Der letzte Satz dürfte zu streichen sein. Einmal ist die Verkehrssitte ein viel zu unsicheres Moment, so daß es sich nicht empfiehlt, es ausdrücklich hervorzuheben, andererseits liegt dazu kein Anlaß vor. Wenn die Zubehör-Eigenschaft davon abhängt, ob eine Sache einer anderen bleibend zu dienen bestimmt ist, so wird sich die Beurtheilung dieser Frage, auch ohne daß die Verkehrssitte besonders hervorgehoben wird, nach den Lebens- und Geschäftsgewohnheiten richten. In den Motiven wird für die Anordnung der Ausnahme das Beispiel angezogen, daß Wohnungen ohne Oefen vermiethet, solche vielmehr von den Miethern beschafft werden. Für das Beispiel genügt aber die Definition, denn es ist in dem gesetzten Falle anzunehmen, daß die Oefen nicht bleibend zu dienen bestimmt sind. Die Ausnahme in dem Entwurfe des § 789 ist also überflüssig und harmonirt nicht mit der Definition.

Bei der speziellen Aufführung des Zubehörs eines

Landguts im § 791 Nr. 2 halte ich es aus praktischen Gründen für richtiger, nicht blos den erforderlichen Dünger, sondern den Vorrath an Dünger überhaupt für Zubehör zu erklären.

Endlich meine ich, daß an der Vorschrift im Preuß. A. L. R. I. 2 §§ 60 und 108, daß nur die dem Eigenthümer der Hauptsache gehörigen Sachen Zubehör derselben sein können, festzuhalten ist. Nach den Motiven zum Entwurfe soll nichts entgegenstehen, daß auch ein Anderer als der Eigenthümer die zur Herstellung des Zubehörverhältnisses erforderliche Absicht haben könne. Es läßt sich dies indessen von einem Dritten wohl kaum oder doch nicht anders denken, als daß er dem Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum der zum Zubehör gewidmeten Sache überträgt. Für den wichtigen Fall des äußeren Umfangs der Hypothek ist überdies im § 1067 Nr. 3 vorgeschrieben, daß die Zubehörstücke, welche nicht in das Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks gelangen, von der Haftung ausgeschlossen sind.

Nach § 790 soll das eine Sache betreffende Rechtsgeschäft unter Lebenden sich im Zweifel auch auf das Zubehör derselben erstrecken.

Meines Erachtens sind die Worte „im Zweifel" zu streichen und an deren Stelle zu setzen „Mangels anderer ausdrücklicher Willenserklärung".

In den Motiven wird als Voraussetzung hingestellt, daß derjenige, welcher eine rechtsgeschäftliche Verfügung in Beziehung auf die Sache trifft, unter der Sache zugleich das Zubehör derselben versteht, sofern er nicht seinen Willen dahin zu erkennen giebt, daß das Geschäft sich auf die Sache ohne Zubehör beschränken solle. Die Voraussetzung ist gewiß richtig, und ist deshalb zu verlangen, daß die abweichende Willensäußerung dergestalt deutlich erfolgt, daß kein Zweifel bleibt.

Fruchtvertheilung.

In dem § 794 wird für den Fall, daß die Früchte einer Sache oder eines Rechts bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu beziehen sind, Entscheidung getroffen, nach welchem Maßstabe die Fruchtvertheilung zwischen dem abtretenden und dem antretenden Berechtigten erfolgen soll. Danach würden unter die Bestimmung unter Nr. 3 auch die im § 792 Nr. 2 gedachten Früchte fallen; dem Berechtigten stehen indessen von den

Früchten eines Rechts, soweit dasselbe in dem Gewinne von Erzeugnissen oder anderen Bestandtheilen besteht, die während der Zeit seiner Berechtigung bei bestimmungsmäßiger Nutzung gewonnenen zu (cfr. § 899), und dürfte dementsprechend der § 794 zu ändern sein.

Zweiter Abschnitt.

Besitz und Inhabung.

Sowie der Entwurf nur Eigenthum an Sachen kennt, so ist auch der Besitz auf solche beschränkt. Einen Besitz von Rechten giebt es nach dem Entwurfe nicht, dagegen wird ein Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nach §§ 979 und 1048 zugelassen.

Die §§ 802 und 805 handeln von dem Erwerb des Besitzes.

Uebergabe durch Anweisung.

Bei dem Besitzerwerb mittelst Uebergabe wird im § 804 die Uebergabe durch Anweisung vorgesehen und für zulässig erklärt, jedoch mit der Einschränkung, daß der Besitz für den Dritten nicht erworben wird, wenn der Inhaber unverzüglich nach dem Empfange der Anweisung gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Dritten der Anweisung widerspricht. Diese Wirkung des Widerspruchs scheint mir zu weit zu gehen. Der Besitz muß dennoch für den Dritten erworben werden, weil der Erwerb von einer Erklärung des Inhabers nicht abhängig ist, und ist dem Widerspruche desselben nur die Wirkung beizulegen, daß seine Rechte durch die Veränderung des Besitzers unberührt bleiben.

Constitutum possessorium.

Gegen die weitere Vorschrift im § 805, daß die Uebergabe auch durch constitutum possessorium bewirkt werden könne, walten meines Erachtens erhebliche Bedenken.

Es besteht zu dieser Art von Uebergabe kein Bedürfniß, weder für die Restitution des Besitzes an den Eigenthümer, noch für das sonstige Verkehrsleben zum Ersatze und als Aequivalent der körperlichen Uebergabe. Erfahrungsmäßig wird von dem constitutum possessorium fast nur Gebrauch gemacht bei den Verträgen, bei welchen zum Nachtheile Dritter der Schein einer Eigenthumsübertragung erregt werden soll.

Nach den Motiven soll zwar im einzelnen Falle besonders sorgfältig geprüft werden, ob jener Schein beabsichtigt oder ob ein Pflichtverhältniß des bisherigen Besitzers ernstlich gewollt ist, und soll der Richter bei Prüfung dieser reinen Thatfrage nicht an die Beweisvorschriften des § 194 gebunden sein. Die Vorschriften im § 194 würden indessen nach ihrer Fassung auf die Frage, ob der erklärte Willen nicht mit dem wirklichen Willen übereinstimmt, Platz greifen, und dürfte sich mithin der Richter an jene Vorschrift gebunden erachten, sofern nicht der § 194, was mir besser erscheint, ganz gestrichen wird. Immer bleibt die Prüfung der Frage sehr zweifelhaft, und bleibt die Gefahr, daß das constitutum zum Nachtheile Dritter dient. Um diese Folge auszuschließen, und da sonst ein Bedürfniß für das constitutum nicht obwaltet, würde ich mich dahin aussprechen, daß die Wirksamkeit zu verneinen ist.

Besitzschutz.

Es folgen die Bestimmungen über den Verlust des Besitzes und über den Besitzschutz.

Hinsichtlich des possessorischen Schutzes ist durchaus zu billigen, daß dem Inhaber gegen die verbotene Eigenmacht das Recht der Vertheidigung und unter besonderen Umständen das Recht der Selbsthilfe zugesprochen wird. Sodann wird ihm, wenn die eigene erlaubte Gewalt nicht angewendet ist, oder nicht zum Ziele geführt hat, der prozessualische Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung oder auf Wiederaufhebung der Störung gewährt.

Sofern die Klage auf Wiedereinräumung der Inhabung gerichtet ist, soll der Beklagte, wie in den Motiven zu § 819 gesagt wird, von der Besitzklage, bis auf seine Haftung für die Kosten des Verfahrens, frei werden, wenn er sich der Inhabung während des Prozesses entäußert. Diese Folge ergiebt sich jedoch meines Erachtens aus der Vorschrift des § 819 und aus dem Wesen der Besitzklage nicht; es müssen vielmehr auf einen solchen Fall die §§ 236 und 238 bezw. 665 der Civ. Proz. Ord. Anwendung finden.

In dem § 821 wird auch dem Besitzer, welcher nicht zugleich der Inhaber ist, die Besitzklage gegeben.

Es können dadurch, daß der Vertreter und der Vertretene denselben Anspruch zu verfolgen berechtigt sind, und daß etwa abweichende Urtheile ergehen, allerdings Komplikationen entstehen; dieselben werden

sich aber durch Anwendung der dem Richter im § 138 der Civ. Proz. Ord. beigelegten Befugniß vermeiden lassen.

Der Besitzer kann die Restitution an den früheren Inhaber geltend machen. Will der letztere jedoch die Inhabung nicht wieder übernehmen, so kann der Besitzer fordern, daß die Inhabung ihm selbst eingeräumt werde. Es möchte bedenklich erscheinen, wie der Besitzer die betreffende Willenserklärung des Inhabers zu erlangen im Stande ist, bezw. wie der Besitzer seinen Klageantrag stellen und durchführen könnte. Das Bedenken erledigt sich, da der Antrag dahin zulässig sein wird, daß die Inhabung an den früheren Inhaber, und wenn dieser die Annahme verweigert, an den klagenden Besitzer restituirt wird.

Die im § 824 festgesetzte Frist von Einem Jahre erachte ich für zu lang, und würde dieselbe nur auf 3 Monate bestimmen.

Dritter Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Der Aufstellung gemeinsamer Normen für das Eigenthum und die begrenzten Rechte an Grundstücken liegen, wie in den Motiven bemerkt wird, die drei Hauptprinzipien zu Grunde:

Das Oeffentlichkeitsprinzip oder der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs; das Eintragungsprinzip, und der Grundsatz, daß bei der Erwerbung durch Rechtsgeschäft der abstrakte Konsens der Betheiligten in Verbindung mit der Eintragung den Rechtsübergang vermittelt (materielles Konsensprinzip oder Prinzip des dinglichen Vertrages).

Die Ordnung der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung von Grundstücken ist einem besonderen Gesetze vorbehalten, und ist gegen die dafür in Aussicht genommenen Bestimmungen nichts zu erinnern. Die Aenderung gegen das für Preußen geltende Gesetz, daß die sonstigen, dem Anspruche des beitreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte, außer Hypotheken und Grundschulden, bestehen bleiben, halte ich für eine entschiedene Verbesserung.

Das Konsens- und Eintragungsprinzip ist im § 828 dahin festgestellt, daß zu den von ihm bezeichneten Rechtsänderungen in der Regel Vertrag und Eintragung erforderlich sind.

Zu billigen sind die Bestimmungen, welche Erklärungen der

Vertrag enthalten muß, und daß die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich ist. Dagegen giebt die Vorschrift, mit welchem Zeitpunkte der dingliche Vertrag für die Vertragschließenden bindend werden soll, zu Bedenken Anlaß.

Zeitpunkt, seit welchem der dingliche Vertrag bindend wird.

Die Vertragschließenden werden mit der Abgabe der Erklärungen vor dem Grundbuchamte als gebunden angesehen. Wenn der Vertrag aber außerhalb des Grundbuchamts geschlossen wird, so soll derselbe erst bindend werden, sobald er von den Vertragschließenden dem Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht, oder die bewilligte Eintragung auf den Antrag auch nur eines der Vertragschließenden erfolgt ist. Der Grund für diese Vorschrift, daß sonst die Verfügung über das Eigenthum und andere Rechte an Grundstücken zu sehr erleichtert und die Mobilisirung des Grundbesitzes gefördert werde, ist nicht zutreffend. Für den Vertrag, welcher zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke erforderlich ist, schreibt § 868 speziell vor, daß derselbe vor dem Grundbuchamte geschlossen werden muß. Für diese Kategorien scheidet also jene Frage über den Zeitpunkt der Bindung aus. Die Errichtung des Vertrages vor der Buchbehörde wird durch die Sicherheit, welche damit für das Grundeigenthum gewonnen wird, gerechtfertigt. Im Uebrigen steht sich die Vertragschließung gleich, mag sie vor dem Grundbuchamt erfolgen, oder außerhalb desselben, und bleibt es Sache der Betheiligten, einen Vertrag nicht übereilt und leichtfertig zu schließen. Eine größere Gewähr dagegen bietet der Umstand, daß der Vertrag auch noch zur Eintragung eingereicht ist, jedenfalls nicht, und in der allgemeinen Rechtsüberzeugung besteht ohne Unterscheidung zwischen dem dinglichen und dem obligatorischen Vertrage die Auffassung, daß **mit dem Abschlusse des Vertrages das Geschäft perfekt und bindend vollzogen ist.**

Dienstbarkeiten.

Die Bestimmung, daß Rechte an Grundstücken nur durch Hinzutritt der Eintragung zu dem dinglichen Vertrage begründet werden, ist im Entwurfe konsequent durchgeführt. In Betreff der recht zweifelhaften Frage, ob die Regel auch auf Dienstbarkeiten Anwendung finden soll, schließe ich mich dem Standpunkt des Entwurfs an.

Zeitpunkt des guten Glaubens.

Nach dem Oeffentlichkeitsprinzipe gilt der Inhalt des Grundbuchs zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers als richtig, und ein aus demselben nicht ersichtliches Veräußerungsverbot nicht vorhanden, sofern kein Widerspruch vorgemerkt ist. Der gute Glauben wird zur Zeit der Eintragung erfordert, die Berufung auf das Grundbuch findet daher nicht statt, wenn die durch dasselbe verdeckte Sachlage dem Erwerber noch vor der Eintragung bekannt geworden ist. Der Erwerber erfährt aber zwischen der Anbringung des Antrages und der Eintragung gar nicht, wann die letztere erfolgt, und er darf annehmen, daß sich dieselbe nicht verzögert. Sollte dennoch eine Verzögerung eintreten, so kann es nicht auf diesen Umstand ankommen, auf welchen der Betheiligte keinen Einfluß hat. Sobald der dingliche Vertrag vollzogen und der begründete Antrag auf Eintragung eingereicht ist, darf der Erwerber, der in gutem Glauben gehandelt und danach das Geschäft eingerichtet hat, dasselbe als abgeschlossen ansehen, und es muß ihm sein guter Glaube zu Statten kommen, um ihn vor unverschuldeten Schaden zu bewahren, selbst wenn ihm nachträglich bis zur Ausführung der nach jenem Zeitpunkte mit Recht beantragten Eintragung Kenntniß von der Unrichtigkeit des Grundbuchs verschafft werden sollte.

Von den sonstigen Vorschriften ist hervorzuheben:

Für den Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ist kein Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb gemacht.

Derjenige, welcher durch die unrichtige Eintragung im Grundbuche beeinträchtigt wird, kann von dem Betheiligten verlangen, daß er die Berichtigung bewillige. Ist schon der Verlust eines Rechts erlitten, so kann die Herausgabe der Bereicherung gefordert werden.

Zur Aenderung der Rangordnung ist erforderlich, daß nicht nur die Betheiligten, sondern auch die zwischen denselben stehenden Berechtigten die Aenderung bewilligen.

Die Zulässigkeit der Vormerkungen ist wesentlich eingeschränkt, dieselben dienen nur dazu, der Annahme, daß das Grundbuch die wirkliche Rechtslage bekunde, zu widersprechen, sie werden allein auf Anordnung und Ersuchen des Gerichts eingetragen.

Die eingetragenen oder vorgemerkten Rechte unterliegen nicht

der Verjährung, mit Ausnahme der Ansprüche auf Schadensersatz und auf Rückstände wiederkehrender Leistungen.

Die Bestimmungen sind sämmtlich klar und korrekt.

Hinsichtlich des Grundbuchs ist blos der eine Wunsch zu bemerken, daß dasselbe mit dem Kataster in solcher Weise verbunden wird, daß aus dem Grundbuche die Bestandtheile des Grundstücks deutlich hervorgehen.

Vierter Abschnitt.

Eigenthum.

In dem ersten Titel wird der wesentliche Inhalt der dem Eigenthümer zustehenden Rechte festgestellt, und es werden diejenigen Beschränkungen bestimmt, welche die in dem Eigenthum liegenden Befugnisse im Interesse des privaten Rechtslebens begrenzen.

Immission.

Zu den Beschränkungen gehören die in den §§ 850 und 856 über die Immission angeordneten.

In Betreff der Flüssigkeiten soll keine, weder direkte noch indirekte Immission erlaubt sein, also auch diejenige nicht, welche mittelbar durch Anlagen irgend welcher Art bewirkt wird. Dagegen wird dem Eigenthümer eines Grundstücks die Beschränkung auferlegt, den in Folge der natürlichen Bodenverhältnisse stattfindenden Wasserabfluß von einem anderen Grundstücke zu dulden; nur wird der Vorbehalt hinzugefügt, daß abweichende Vorschriften der Landesgesetze unberührt bleiben.

Von den Flüssigkeiten werden die sogenannten Imponderabilien unterschieden, Gase, Dämpfe, Rauch, Ruß, Gerüche, Wärme, Erschütterungen und dergleichen. Es wird bestimmt, daß der Eigenthümer eines Grundstücks die Immission dieser Imponderabilien, die nicht durch unmittelbare Zuleitung erfolgt, insoweit zu dulden hat, als solche Einwirkungen entweder die regelmäßige Benutzung des Grundstücks nicht in erheblichem Maße beeinträchtigen, oder die Grenzen der Ortsüblichkeit nicht überschreiten. In den Motiven wird hierzu bemerkt, daß der Eingriff in eingelebte Verhältnisse vermieden werden, und daß als erlaubt gelten soll, was nach Ortsübung ertragen zu werden pflegt. Es dürfte indessen hinsichtlich einer solchen Ortsübung kaum möglich sein, zu erkennen, daß und

wie sich eine solche gebildet hat, und wenn in den Motiven weiter bemerkt wird, daß die Ueblichkeit ein einigermaßen beweglicher Regulator ist, der sich mit den veränderten Verhältnissen selbst verändert, so wird das Kriterium der Ortsübung noch weniger faßbar. Meines Erachtens ist dasselbe daher zu streichen, und halte ich die Grenze der erlaubten Immission, daß die regelmäßige Benutzung des Grundstücks nicht in erheblichem Maße beeinträchtigt wird, für die Sicherung der Interessen beider Theile für ausreichend.

Im § 851 wird für das Verfahren bei der Abmarkung und die Art derselben auf die Landesgesetze und in Ermangelung landesgesetzlicher Vorschriften gleichfalls auf die Ortsüblichkeit verwiesen. Bei diesem Punkte habe ich bezüglich der Verweisung auf die Ortsüblichkeit kein Bedenken, weil dieselbe hierbei leichter und sicherer festzustellen sein wird.

Nothweg.

Von den übrigen Beschränkungen ist noch das Institut des Nothweges zu erwähnen.

Der § 863 schreibt vor, daß, wenn einem Grundstücke die zu seiner bisherigen ordnungsmäßigen Benutzung nothwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt, ohne daß der Nothstand von dem Eigenthümer oder dessen Rechtsvorgänger vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist, die Nachbarn verbunden sind, während der Dauer dieses Zustandes die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung zu dulden, und daß sie dafür Entschädigung in Geldrente erhalten. Die Bestimmung des Weges und der Umfang der Wegebenutzung sollen vom Gericht nach freiem Ermessen bestimmt werden. In dieser Vorschrift halte ich die materiellen Voraussetzungen für den Anspruch auf den Nothweg für gerechtfertigt, die prozessuale Durchführung würde indessen besondere Schwierigkeiten bieten, wenn, wie es häufig vorkommt, mehrere Grundstücke angrenzen und verschiedene Wege über dieselben möglich sind. Sofern der des Weges Benöthigte einen Nachbar in Anspruch nimmt, kann derselbe von der Verpflichtung zur Gestattung des Weges auf Grund des Einwandes entbunden werden, daß ein Anderer weniger belästigt werde, und in dem Prozesse gegen den letzteren könnte gerade das Umgekehrte angenommen werden. Es müßte also der Anspruch gegen alle Nachbarn zugleich auf Feststellung des zweckmäßigen Weges gerichtet werden; dazu paßt aber das ordentliche Prozeßverfahren nicht.

Denn wenn nur dem einen Nachbar die Last zugewiesen und er zur Duldung des Weges verurtheilt wird, so bleibt unlösbar, wie hinsichtlich der übrigen Nachbarn und hinsichtlich der Kosten entschieden werden soll. Die Betheiligten wissen vor dem Verfahren und der Untersuchung in demselben selbst nicht, wer von Mehreren am zweckmäßigsten die Last zu übernehmen hat, und eignet sich deshalb der Prozeß nicht zur Erörterung und Entscheidung jener Frage.

Meines Erachtens ist aus dieser Erwägung die Vorschrift in dem Gesetzbuche wegzulassen, und gemäß § 866 den Landesgesetzen zu überweisen, durch welche dann auch das Verfahren und die Behörde zur Entscheidung über den Anspruch auf den Nothweg zu bestimmen wäre, etwa das Verwaltungsstreitverfahren oder die Regulirung bei den Gemeinheitstheilungsbehörden.

Vertiefen.

Zum § 865 (Vertiefen des Erdbodens) halte ich einen Zusatz für wünschenswerth, daß im Falle sich die nicht vorauszusehende Gefahr später zeigt, der Eigenthümer, welcher die Vertiefung vorgenommen hat, verpflichtet ist, für eine genügende anderweite Befestigung des Nachbargrundstücks zu sorgen.

Zum Sachenrecht des Entwurfs.

Drittes Buch. Vierter Abschnitt.

Titel III und IV.

Von Justizrath Rieß in Kassel.

Die nachstehende Beurtheilung beschränkt sich auf einen kleinen Theil des Sachenrechts, auf zwei Titel des vierten Abschnitts mit zusammen 72 Paragraphen.

Wenn sie trotzdem in nicht seltenen Fällen die Grundsätze sowohl wie die Fassung des Entwurfs bemängelt, so wird auch sie dem neuerdings vielfach erhobenen Vorwurf des Fehlens des Sinns für große Gesichtspunkte und wohl auch der Kleinlichkeit begegnen.

Allein die großen Gesichtspunkte glaube ich am besten dadurch zu ehren, daß ich sie in die Besprechung des meiner Beurtheilung unterbreiteten kleinen Bruchtheils nicht weiter hineinziehe, als dessen Inhalt dies mit sich bringt.

Kleinlichkeit aber liegt nicht in jedem Eingehen auf Einzelheiten, welche dem ganzen Entwurf gegenüber zwar klein erscheinen, für die betreffende Rechtsmaterie aber trotzdem vielleicht wichtig und tief einschneidend sind.

Gerade der Praktiker ist meines Erachtens zu der Art der Kritik berufen, welche an den Entwurf in seinen einzelnen Bestimmungen den Maßstab der Praxis anlegt und praktisch wichtige Bedenken auch dann hervorhebt, wenn sie theoretisch klein und der Erörterung kaum werth erscheinen.

Denn, so wenig die Kasuistik in dem Entwurfe selbst am Platze sein würde, so unentbehrlich ist sie für die Kritik zur Erprobung des Werths seiner Bestimmungen. Rückhaltlose Einzelkritik aber verträgt

sich sehr wohl mit dem lebhaften und durch Unvollkommenheiten des Entwurfs nicht beirrten Wunsche, ihn — nach Beseitigung mancher, aber gewiß auch trotz Beibehaltung anderer, Schwächen — Gesetz werden zu sehen, damit der Bau der deutschen Rechtseinheit fest und dauernd begründet werde.

Dritter Titel.

Erwerb des Eigenthumes an beweglichen Sachen.

I. Uebertragung durch Rechtsgeschäft.

A. Zu §§ 874—876.

1. Mit erfreulicher Klarheit betont der Entwurf in diesem die Tradition behandelnden Abschnitte deren Wesen als eines dinglichen Vertrages.

Was der Entwurf über Rechtsgeschäfte und insbesondere über Verträge im allgemeinen Theil bestimmt (Buch I Abschnitt 4), leidet damit auf die Tradition ohne Weiteres Anwendung, daneben aber sind ihr die charakteristischen Besonderheiten des dinglichen Vertrages eigen. Sie ist also ein abstrakter Vertrag, welcher die Angabe des Rechtsgrundes nicht erfordert und dessen Wirksamkeit dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war (§ 829, vergleiche § 874 [1] am Ende).

Bei diesem dinglichen Vertrag der Tradition muß „die Willenserklärung der Vertragschließenden" dahin gehen, „daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehen soll". Selbstverständlich und in Uebereinstimmung mit § 72 des Entwurfs kann diese Willenserklärung auch stillschweigend erfolgen, so daß jene Vorschrift nicht ein ausdrückliches Aussprechen derselben erforderlich macht, es vielmehr genügen muß, wenn die beiderseitige Willensübereinstimmung darüber, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehen soll, irgendwie erkennbar wird. Erforderlich ist jedoch dabei, daß der Vertrag „unter Uebergabe der Sache" geschlossen wird.

Die Motive [1]) pag. 334 unter 3 besagen hierzu:

> „Der Entwurf versteht unter Uebergabe der Sache, da als Tradent der Eigenthümer gedacht wird, Besitzübergabe."

[1]) Wo bei Citirung der Motive der Band nicht bezeichnet ist, bezieht sich das Citat stets auf Band III.

Demgemäß hält dann der Entwurf in Absatz 2 für den Fall, wenn der veräußernde Eigenthümer, weil er selbst nicht Besitzer war, den Besitz auch nicht übergeben konnte, die besondere Bestimmung für nöthig:

> „Ist der veräußernde Eigenthümer nicht Besitzer, sondern nur Inhaber der Sache, so wird die Uebergabe der Sache dadurch ersetzt, daß er dem Erwerber die Inhabung einräumt und dieser den Besitz ergreift"

und läßt weiter in Absatz 3:

> „Die Uebergabe der Sache ist nicht erforderlich, wenn der Erwerber sich bei Schließung des Vertrags bereits im Besitze der Sache befindet"

das Erforderniß der Uebergabe der Sache nur dann wegfallen, wenn der Erwerber bereits Besitzer, nicht auch, wenn er nur Inhaber ist.

Die Bestimmung des Absatzes 2 halte ich für unnöthig, die des Absatzes 3 für nicht genügend.

Unter „Uebergabe der Sache" ist bei natürlicher Auslegung dieses Ausdrucks in erster Linie nicht die oft nur durch künstliche Konstruktionen (vergl. §§ 804 und 805) vermittelte Besitzübertragung, sondern die Uebertragung der Sache selbst d. h. der Inhabung der Sache zu verstehen. Auch der Entwurf selbst läßt, indem er in § 803 den Besitz an der Sache „mittels Uebergabe" erworben werden läßt, die Uebergabe der Sache als begrifflich nicht immer mit der Besitzübergabe zusammenfallend, vielmehr nur ein Mittel der Besitzübergabe bildend erkennen. Dazu sagen überdies die Motive pag. 91 ausdrücklich:

> „Der Entwurf redet von der Besitzerwerbung „mittels" Uebergabe und nicht von Besitzerwerbung „durch" Uebergabe der Sache, um nicht dem Ausdruck „Uebergabe der Sache" den engern Sinn beizulegen, daß damit stets der konsensuale Besitzwechsel und nicht etwa auch der konsensuale Inhabungswechsel gemeint sei."

Hiernach würden wir, ohne jene im Eingang erwähnte Stelle der Motive den Ausdruck „Uebergabe der Sache" in § 874 des Entwurfs nicht nur auf die Besitzübertragung sondern ebenso auch auf die Uebertragung der bloßen Inhabung erstrecken können und müssen.

Vergegenwärtigen wir uns nun den Fall (des Absatzes 2), daß der veräußernde Eigenthümer nicht Besitzer, sondern nur Inhaber der Sache ist, so ist es allerdings richtig, daß nach § 813 des Ent-

wurfs, so lange der Inhaber die thatsächliche Gewalt behält, durch seine Handlungen der Besitz dessen, für den er dieselbe seither ausgeübt hat, nur dann beendigt wird, wenn der Inhaber gegenüber dem Besitzer den Willen erklärt, jene thatsächliche Gewalt nicht mehr für ihn ausüben zu wollen. Es kann also der veräußernde Inhaber so lange er selbst Inhaber der Sache bleibt, nicht ohne eine solche Erklärung dem Besitzer gegenüber diesen seines Besitzes verlustig machen. Veräußert aber der Inhaber die Sache und übergiebt dieselbe dem Erwerber, so hört eben damit die thatsächliche Gewalt des seitherigen Inhabers und folgeweise auch der dadurch bedingte Besitz des seitherigen dritten Besitzers auf.

Der Erwerber, welchem die veräußerte Sache übergeben wird, ergreift durch Annahme der Uebergabe selbstverständlich nicht nur die Inhabung, sondern, da er sie ja als die seinige, als durch die Tradition auf ihn zu Eigenthum übergehende, erhalten hat und annimmt, auch den Besitz.

Es ist daher zwar juristisch scharf gedacht, aber praktisch unnöthig und für den Laien unverständlich, für diesen Fall so, wie in Absatz 2 geschieht, noch die Einräumung der Inhabung und das einseitige Ergreifen des Besitzes durch den Erwerber ausdrücklich im Gesetz hervorzuheben.

Die Streichung des Absatzes 2 halte ich für unbedenklich.

Für den anderen Fall, daß der Erwerber zwar nicht den Besitz, wohl aber die Inhabung der Sache bereits hatte, nehmen wir das einfache Beispiel, daß A. ein Buch von dem B. als vermeintlichen Eigenthümer und Besitzer geliehen hat und, während dasselbe noch in seiner Inhabung sich befindet, erfährt, daß nicht B. sondern C. der Eigenthümer ist. A. kauft nun dem C. das Buch ab und bezahlt den Preis. Nach Fassung des Absatzes 3 des Entwurfs liegt hier kein Fall vor, in welchem das Erforderniß der Uebergabe wegfiele; denn A. ist ja nicht Besitzer, sondern nur Inhaber des Buchs gewesen. Trotzdem dürften wir es als zwecklose Weitläufigkeit bezeichnen, wenn man in diesem Falle noch eine besondere Uebergabe für zur Eigenthumsübertragung erforderlich erachten wollte. Allerdings wird nach § 813 in unserm Falle A., trotzdem er mit vollzogenem Kauf auch den Besitzwillen annimmt, d. h. die Sache als die seinige haben will, dadurch allein dem bisherigen Besitzer B., von welchem er das Buch entliehen hatte, seinen Besitz nicht entziehen; aber es ist dazu, um diesen Besitz des B. zu beendigen, nur noch nöthig, daß A. dem B. den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt nunmehr für sich auszu-

üben (§ 813), also ein Akt, dessen Vornahme ganz von dem Belieben des A. abhängt.

Nach dem Ausgeführten würde ich vorziehen, den Absatz 2 des § 874 ganz zu streichen; im Absatz 3 desselben aber hinter die Worte „im Besitz" einzuschalten: „oder in der Inhabung".

2. In § 875 wird bestimmt:

> „Ist die nach dem § 874 zur Uebertragung des Eigenthums erforderliche Erklärung des Eigenthümers durch ein Urtheil ersetzt, so gilt die Uebergabe der Sache mit dem Zeitpunkt als bewirkt, in welchem die Sache von dem Gerichtsvollzieher behufs Ablieferung an den Erwerber im Wege der Zwangsvollstreckung weggenommen ist."

Diese Bestimmung soll die Streitfrage, ob der Gerichtsvollzieher, welcher die Sache wegnimmt, als Vertreter seines Auftraggebers anzusehen ist, in Uebereinstimmung mit der Ansicht des Reichsgerichts entscheiden. Die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher bildet einen Ersatz der Uebergabe; hiernach bestimmt sich die Zeit des Eigenthumsübergangs (Motive pag. 340).

Hiermit kann ich mich nur einverstanden erklären, nicht aber mit der Fassung, welche die erste Hälfte des Satzes in § 875 erhalten hat. Danach gilt die Bestimmung des Paragraphen nur für den Fall, daß die Uebertragungserklärung des veräußernden Eigenthümers „durch ein Urtheil ersetzt" ist.

Darüber, daß, wann und wie die Willenserklärung der Partei durch ein Urtheil ersetzt wird, enthält der Entwurf selbst keine Bestimmung; er geht vielmehr hier wie auch bei § 833 davon aus, daß die Bestimmung des § 779 [1] der C. P. O. genüge. In den Motiven zu § 833 (pag. 196 ff.) wird ausgeführt, daß und warum jene Bestimmung der Civilprozeßordnung alle für das Grundbuchrecht (auf welches § 833 sich allein bezieht) in Betracht kommenden Fälle umfaßt. Hier bei § 875 wird die entsprechende Frage in den Motiven nicht noch einmal erörtert.

Nach dem Wortlaut der fraglichen Bestimmung des § 779 C. P. O. „ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat", und nach ihrer Stellung und ihrem Zusammenhang hat sie nur den Fall im Auge, daß der Schuldner geradezu zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt worden ist. Auch die Praxis geht hiervon aus.

Offenbar aber haben die Redaktoren des Entwurfs dessen § 875 eine viel weiter gehende Auslegung zugedacht. Wenn es gestattet ist, über den dessen Fassung zu Grunde liegenden Gedankengang eine Vermuthung zu äußern, so möchte ich glauben, daß ihre Erwägung etwa folgende war: Geht die Klage auf Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache, also auf Bewirkung einer Tradition an den Kläger Seitens des Beklagten, so liegt in der Verurtheilung zu dieser Tradition zugleich die Verurtheilung zu der zum Wesen dieser Tradition gehörenden Willenserklärung des Beklagten, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehen solle.

Von diesem Gesichtspunkt aus wird man geglaubt haben, in jedem Urtheil, welches den Beklagten zur Tradition schuldig spricht, zugleich eine Verurtheilung zur Abgabe der entsprechenden Willenserklärung erblicken zu dürfen.

Sieht man auf die seitherige Praxis und faßt man den Kauf als den am häufigsten der Tradition zu Grunde liegenden Vertrag ins Auge, so war im Gebiet des gemeinen Rechts bei der gegen den Verkäufer gerichteten Klage auf Erfüllung des Verkaufs bis jetzt eine Bitte und ein Urtheil auf Uebertragung des Eigenthums und Abgabe einer hierauf gerichteten Willenserklärung schon deshalb nicht möglich, weil der Verkäufer gemeinrechtlich nicht zur Verschaffung des Eigenthums, sondern nur zur Gewährung des habere licere verpflichtet ist. Allerdings wird dies nach dem Entwurf anders, da § 459 desselben den Verkäufer „verpflichtet, dem Käufer, wenn eine Sache Gegenstand des Kaufs ist, die verkaufte Sache zu übergeben und das Eigenthum an derselben zu verschaffen."

Er wird also in Zukunft möglich sein, die gegen den Verkäufer gerichtete Klage so zu fassen, daß das darauf ergehende Urtheil geeignet ist, im Sinn des § 779 C. P. O. auch die Traditionserklärung des Veräußerers zu ersetzen; aber Klagbitte und Urtheil der Kaufklage werden durch eine hierauf ausdrücklich sich mit richtende Fassung an Einfachheit nicht gewinnen; ohne dieselbe aber wird die Anwendbarkeit des § 875 mindestens zweifelhaft bleiben.

Es dürfte sich deshalb empfehlen, den Eingang des letzteren weiter zu fassen und etwa zu sagen:

„Wird die Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen, so gilt die nach § 874 erforderliche Erklärung des Eigenthümers als durch das

rechtskräftige Urtheil ersetzt und die Uebergabe der Sache 2c. 2c."

Bei dieser Fassung würde der Eingangssatz nicht nur auf die Erfüllungsklage aus einem Spezieskauf passen, sondern auch für den Fall eines Genuskaufs insoweit genügen, als dabei die Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der §§ 769 und 770 C. P. O. zulässig ist. Nach diesen kann die Zwangsvollstreckung durch Wegnahme Seitens des Gerichtsvollziehers auch bei einer Verurtheilung des Schuldners zur Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen insoweit erfolgen, als solche Sachen bei dem Schuldner vorgefunden werden. Allerdings ist nicht zu übersehen, daß hier die Verurtheilung des Schuldners zur Leistung einer solchen Quantität vertretbarer Sachen noch nicht einen Ersatz für die ganze dem Verkäufer obliegende Willenserklärung nach § 874 enthalten kann, weil ja erst in der Zwangsvollstreckung selbst die Quantitäten durch die Wegnahme Seitens des Gerichtsvollziehers ausgeschieden und individualisirt werden. Es wird also hier die Auswahl und die darauf bezügliche Willenserklärung des Veräußernden gewissermaßen auf den Gerichtsvollzieher übertragen.

Trotzdem halte ich auch für diesen Fall die vorgeschlagene Fassung für unbedenklich, ja für nothwendig, wenn man nicht an den §§ 769 und 770 C. P. O. ändern will; denn läßt man einmal die dort vorgeschriebene Wegnahme des zu Leistenden durch den Gerichtsvollzieher beim Genuskauf zu, so versteht es sich von selbst, daß man dem Kläger an demjenigen, was er dadurch erhält, auch Eigenthum gewähren muß; und dies ist, da hier von einer andern Eigenthums-Erwerbsart als durch Uebertragung nicht die Rede sein kann, nur so möglich, daß man auch in diesem Fall die in § 874 als Erforderniß der Tradition hingestellte Willenserklärung des Veräußerers durch das Urtheil ersetzt werden läßt.

3. Schon das seither Bemerkte enthält eine nicht zu verkennende Mahnung, die Tradition nicht allzu formalistisch und in Folge dessen unpraktisch zu gestalten. Die Motive sind in dieser Beziehung ziemlich streng und sehr geneigt, an der starren Konsequenz festzuhalten. So auch, wenn sie sagen (pag. 336 unter 7):

„Die Uebergabe wird als ein nothwendig präsentes Moment des dinglichen Vertrags und nicht etwa als eine Bedingung der Wirksamkeit derselben bestimmt, welche sich auch nach-

träglich erfüllen kann. Vor der Uebergabe liegt deshalb ein bindender dinglicher Vertrag nicht vor."

Dem letzten Satz kann ich zustimmen: ein bindender dinglicher Vertrag mag vor der Uebergabe noch nicht vorliegen, d. h. es mag der Rücktritt oder Widerruf des Veräußerers bis zur Bewirkung der Uebergabe das Zustandekommen und die Bindung des dinglichen Vertrags ausschließen.

Soll aber die Bemerkung, die Uebergabe sei „ein nothwendig präsentes Moment" des dinglichen Vertrags, welches sich nicht nachträglich erfüllen könne, besagen, daß nothwendigerweise die Willenserklärung beider Vertragsschließenden, des Veräußerers und des Erwerbers, frühestens bei der Uebergabe erfolgen könne, so erscheint mir dies bedenklich. Es wird niemals gelingen, der Tradition beweglicher Sachen dieselbe zeitliche Konzentrirung und Einheitlichkeit zu geben, welche der Auflassung eigen ist. Die einzelnen Momente und Faktoren der Tradition werden häufig zeitlich mehr oder weniger aus einander fallen, namentlich dann, wenn die Sache selbst nicht in Besitz und Inhabung des Veräußerers ist. Ich halte es aber auch für ganz unbedenklich, daß, wenn der Veräußernde seine Willenserklärung in klarer und — wenn auch widerruflicher, so doch — an sich rechtlich fortwirkender Weise abgegeben hat, und nun die Uebergabe der Sache erfolgt oder dadurch, daß der Erwerber auf andere Weise in Besitz und Inhabung der Sache kommt, ersetzt wird, nicht eine nochmalige Wiederholung der Veräußerungserklärung verlangt wird, sondern man die Willenserklärung des Erwerbers, die inzwischen übergebene oder auf ihn übergegangene Sache in Gemäßheit jener vorausgegangenen Erklärung des Veräußerers zu Eigenthum von diesem erwerben zu wollen, genügen und durch sie den Eigenthumsübergang vollendet und perfekt werden läßt.

Setzen wir den einfachen Fall: A. verkauft eine an B. geliehene Sache an C. und ertheilt dem B. die in § 804 vorgeschriebene Anweisung, die thatsächliche Gewalt nun für C. auszuüben. B. aber widerspricht. A. erklärt darauf dem C.: „es bleibt bei unserm Vertrag, die Sache gehört Ihnen; ich werde den B. zur Herausgabe schon zwingen". Andern Tags hat B. sich eines Bessern besonnen und schickt die Sache dem C. Dieser nimmt sie an. Soll er nicht schon im Moment dieser Annahme Eigenthümer werden? Soll erst eine nochmalige Erklärung des A. erfordert werden? Vom praktischen Standpunkt aus gewiß nicht.

Die Motive selbst gehen, obwohl eine laxe Auffassung der Tradition ihnen — hier wenigstens — fremd ist, doch auch ihrerseits davon aus (pag. 337) „daß auch bei der Traditionsofferte der Tradent sich durch Einräumung der Inhabung der zu tradirenden Sache dinglich binden und die stillschweigende Annahme dem andern Theil freigeben könne.“

Ist dies aber möglich, so ist der Schritt zu meiner weitergehenden Auffassung nicht mehr weit.

An einer anderen Stelle — pag. 368 — bekennen sich die Motive für den dem Fruchterwerb des obligatorisch berechtigten Inhabers zu Grunde liegenden dinglichen Vertrag selbst dazu, daß hier bei der Uebergabe die Vertragserklärung des dem Erwerber die Ergreifung der Inhabung gestattenden Veräußerers nicht mit dieser Ergreifung selbst zeitlich zusammenzufallen brauche; „Es kann sich vielmehr eine Zwischenzeit einschalten, in welcher die Erklärung des Veräußerers, freilich in widerruflicher Weise, fortbesteht.“

Und wenn dann weiter (Motive ibid.) zu § 901 Absatz 2 gesagt wird:

> „Für den dinglichen Vertrag wird durch dispositiven Rechtssatz die Besonderheit bestimmt, daß die Ueberlassung der Inhabung der fruchttragenden Sache als eine Vertragsofferte zu behandeln ist, welche weder ausdrücklich noch durch eine gegenüber dem andern Theil abzugebende Willenserklärung angenommen werden muß, sondern auch durch eine stillschweigende nicht dem andern Theile gegenüber abgegebene Willenserklärung angenommen werden kann“

so ist dadurch mit aller nur wünschenswerthen Klarheit jedenfalls so viel anerkannt, daß das, was ich im Auge habe, dem Wesen des dinglichen Vertrags nicht widersprechen kann, da es in § 901 hiernach vom Entwurf selbst vorgeschrieben sein soll.

Man könnte erwägen, ob eine Aenderung des § 874 erforderlich wäre, um einer allzu formalistischen Auslegung desselben vorzubeugen, ob man namentlich, anstatt zu sagen: „unter Uebergabe“, lieber die Uebergabe der Sache als koordinirt neben der Willenserklärung der Vertragschließenden aufführen sollte. Allein es ist zuzugeben, daß die Worte „unter Uebergabe“ den regelmäßigen Traditionsfall am besten und korrektesten bezeichnet und daß in den andern Fällen nicht immer im eigentlichen Sinne von einer Uebergabe, sondern oft nur von einem Ersatz derselben die Rede sein kann. Ich würde daher

vorziehen, dem 3. Absatz des § 874 etwa hinzuzufügen: „und wird ersetzt dadurch, daß der Erwerber auf Grund der Willenserklärung des Veräußerers den Besitz oder die Inhabung der Sache auf andere Weise erhält“ [2]) [3]).

4. Die Motive erörtern die Frage der Zulässigkeit einer bedingten Eigenthumstradition, bejahen dieselbe für die Resolutivbedingung, sprechen sich dagegen bezüglich der Suspensivbedingung (pag. 339) so bedenklich aus, daß man als die Ansicht der Redaktoren wohl die Unzulässigkeit derselben unterstellen kann. Praktisch ist die Frage allerdings, wie in den Motiven hervorgehoben wird, insofern von nicht so großer Bedeutung, als ja jede Suspensivbedingung in die Form einer umgekehrten Resolutivbedingung gekleidet werden kann, ohne an dem Resultat sehr viel zu ändern. —

Aber gerade deshalb ist es doch auch vom praktischen Standpunkte aus schwer verständlich, warum die Suspensivbedingung bei der Tradition unzulässig sein soll, wenn man ihren Zweck im Resultat durch eine umgekehrt gefaßte Resolutivbedingung doch erreichen kann.

Die entsprechende Bestimmung des § 870, welche die Auflassung unter Beifügung einer aufschiebenden Bedingung für unwirksam erklärt, hat ihre guten Gründe in den Besonderheiten des Grundbuchrechts. Daß der Entwurf bei der Auflassung die Unzulässigkeit ausdrücklich betont, bei der Tradition aber darüber schweigt, würde ohne die Ausführung der Motive die Auslegung dahin lenken, daß der Entwurf bei der Tradition die Zulässigkeit der Suspensivbedingung annehme; denn andernfalls hätte ja hier die ausdrückliche Ausschließung derselben ebenso nothwendig erscheinen müssen, wie bei der Auflassung.

Die Suspensivbedingung, welche ich hauptsächlich im Auge habe, ist der Eigenthumsvorbehalt beim Verkauf. Kein Praktiker wird leugnen, daß in vielen Fällen derselbe einem ernsten und loyalen Bedürfniß des Verkehrs entspricht [4]).

Den Einwand, daß ein solcher Eigenthumsvorbehalt auszuschließen sei, weil er Verpfändungszwecken diene, lehnen die Motive (pag. 337

[2]) Selbstverständlich könnte auch für diese Fälle die Anwendbarkeit des § 877 ausgeschlossen bezw. beschränkt werden.

[3]) Ueber den hierher gehörenden Fall der Abtretung des Eigenthumsanspruchs vergl. unten.

[4]) Man denke z. B. an die Fälle, in welchen Nähmaschinenfabrikanten ihre Maschinen an unbemittelte Näherinnen ohne andere Sicherheit als die des Eigenthumsvorbehalts verkaufen.

letzter Absatz) selbst ab und ebenso das Bedenken, daß überhaupt der Schwebezustand bedingter Eigenthumsverhältnisse nicht zulässig sei (pag. 338). Es ist lediglich Rücksicht der juristischen Konsequenz, welche sie zu der Folgerung führen (pag. 339).

„Eine gegenwärtige Einräumung des Besitzes steht mit der Natur der Suspensivbedingung und mit der Absicht der Betheiligten in einem gewissen Widerspruch."

Dies rein theoretische Bedenken kann ich nicht theilen und ihm Berechtigung für die Praxis nicht zuerkennen.

Einer Aenderung des Entwurfs bedarf es nach dem Obigen nicht, sofern man diesen nur aus sich selbst — nicht aus den Motiven — auslegt.

5. Voll zustimmen kann ich dem § 876 des Entwurfs, welcher die Veräußerung einer Sache, an welcher das Eigenthum dem Veräußerer nicht zusteht, durch die Zustimmung bezw. Genehmigung des dritten Eigenthümers wirksam sein bezw. werden läßt, und weiter die Veräußerung Seitens des Nichteigenthümers nachträglich dann wirksam werden läßt, wenn der Veräußerer das Eigenthum an der Sache erwirbt oder von dem Eigenthümer der Sache (ohne Inventarrecht) beerbt wird.

Vom gemeinrechtlichen Standpunkt aus ist es ein Fortschritt, daß an die Stelle der doch nicht eigentlich als Eigenthum zu bezeichnenden Rechtsstellung des durch die exceptio bezw. replica rei venditae et traditae Geschützten nunmehr zweifellos volles Eigenthum tritt. Wenn in dem letzten Satz des § 876 von mehreren Veräußerungen an verschiedene Personen die frühere für wirksam erklärt wird, so ist dabei wohl als selbstverständlich vorausgesetzt:

a) daß beide Veräußerungen von dem Nichteigenthümer vor dem Eigenthumserwerb ausgegangen sind; denn wenn in dem Fall der Beerbung des Veräußerers durch den Eigenthümer der Sache der Letztere bereits vor dieser Beerbung aber nach der Veräußerung durch den Nichteigenthümer die Sache seinerseits veräußert und übergeben hatte, so hatte er ja damit auf den dritten Erwerber Eigenthum übertragen, welches unmöglich nachträglich hinfällig werden kann;

b) daß die Veräußerung den Erfordernissen des § 874 entspreche, also unter Uebergabe der Sache erfolgt sei.

Obwohl der Ausdruck „Veräußerung" nirgends im Entwurf ausdrücklich definirt wird, wird man hierüber doch nicht im Zweifel sein können.

B. Der Erwerb in gutem Glauben.

§§ 877 ff.

1. Hier enthält der Entwurf wesentliche und tief einschneidende Abänderungen des bestehenden Rechts, aber erfreulicher Weise Abänderungen, welche als Fortschritte und Verbesserungen bezeichnet werden dürfen.

Während das gemeine Recht (abgesehen vom Handelsrecht), festhaltend an dem Satze nemo plus juris transferre potest quam ipse habet, das Eigenthum des Veräußerers zur unerläßlichen Bedingung für das Eigenthum des Erwerbers macht und auch das preußische Recht dem gutgläubig vom Nichteigenthümer Erwerbenden regelmäßig nur einen Lösungsanspruch, nicht das Eigenthum selbst zuspricht, stellt sich der Entwurf dem auf dem XV. Deutschen Juristentage ausgesprochenen Wunsche entsprechend auf den Standpunkt, daß die seither auf dem Gebiete des Handelsrechts geltenden und bewährten Grundsätze über das Eigenthum gutgläubiger Erwerber nunmehr auch für das bürgerliche Recht angenommen und zu Grunde gelegt werden sollen.

Es ist hier nicht der Ort, die Frage nach der Berechtigung dieses Standpunktes eingehend zu prüfen; es mag auf die Ausführungen der Motive über das seitherige Recht und die Grundsätze des Entwurfs (pag. 341 ff.) verwiesen werden. Nach meinen eigenen in der Praxis gewonnenen Erfahrungen und Anschauungen kann ich meinerseits dem Prinzip, zu welchem der Entwurf sich bekennt, nur rückhaltlosen Beifall schenken und ebenso auch den Ausführungen, welche dieses Prinzip in den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs enthält. Der grundlegende Gesichtspunkt wird in § 877 mit voller Klarheit dahin ausgesprochen:

> „Wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer der Sache war, der Erwerber aber diesen Umstand bei dem sich vollziehenden Erwerbe nicht gekannt, seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat, so erlangt der Erwerber durch den in § 874 bezeichneten Vertrag das Eigenthum."

Mit Recht wird:

a) der gute Glaube des Erwerbers dahin charakterisirt, daß er nicht gewußt, der Veräußerer sei nicht Eigenthümer der Sache. Anderer Irrthum, z. B. über die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers, wird dem nicht gleich gestellt und findet keine Berücksichtigung.

b) der Erwerber dann nicht geschützt, wenn seine Unkenntniß auf grober Fahrlässigkeit beruht. Doch kommt hier, wie zu a, nur der Zeitpunkt des Erwerbs selbst in Frage, während, nachdem der Erwerb einmal ohne grobe Fahrlässigkeit in gutem Glauben sich vollzogen hat und der Erwerber also Eigenthümer geworden ist, eine mala fides superveniens selbstverständlich nicht nachträglich ihn seines Eigenthums wieder verlustig machen kann.

Was die Beweislast des gutgläubigen Erwerbers betrifft, so hat dieser nach der zutreffenden Ausführung der Motive pag. 346 „bei Geltendmachung seines Eigenthums die negative Thatsache der Abwesenheit eines bösen Glaubens zu behaupten, näher zu begründen und zu beweisen." Grundlage des guten Glaubens ist der in der Uebergabe hervorgetretene Besitzstand bezw. die Inhabung des Veräußerers, welcher dem Erwerber die Annahme nahe legt, daß derselbe auch Eigenthümer der Sache sei. „Um deßwillen wird aber durch die Uebergabe allein noch nicht dargethan, daß der Erwerber wirklich an die Richtigkeit jener Annahme geglaubt hat und ohne grobe Fahrlässigkeit hat glauben dürfen. Gerade dieser subjektive Glaube soll nach dem Entwurf Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsnorm sein und die objektive Wahrscheinlichkeit, daß der Besitzstand dem Rechte entsprochen habe, soll nicht genügen, weil nur unter jener Voraussetzung die anomale Begünstigung des Erwerbers gerechtfertigt erscheint." Regelmäßig wird daher zum Nachweis des guten Glaubens Darlegung der den dinglichen Vertrag der Tradition begleitenden Umstände und insbesondere der obligatorischen causa desselben verlangt. Obwohl der freien Beweiswürdigung keine Schranken gezogen sind, meinen die Motive (pag. 347) doch: „von selbst versteht sich, daß, wenn beim Beweis des thatsächlichen Vorgangs der Uebergabe und der begleitenden Umstände sich nichts ergiebt, was auf eine mala fides hindeutet, die bona fides als erwiesen anzusehen ist." Man wird hiernach nicht sagen können, daß dem gutgläubigen Erwerber nach der einen Seite zu wenig oder nach der andern zu viel nachzuweisen auferlegt werde.

Wie in dem Handelsgesetzbuch (dessen Bestimmungen, wie sie durch die Auslegung der Praxis ergänzt sind, der Entwurf möglichst zu folgen sich bestrebt), die Vorschrift zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers nur Platz greift, wenn die betreffenden Sachen „veräußert und übergeben worden sind," so läßt auch der Entwurf den anomalen

Eigenthumserwerb des § 877 an den gutgläubigen Erwerb mittels Tradition nur dann sich anknüpfen, wenn der Erwerb unter Uebergabe der Sache sich vollzogen, auch die Uebergabe nicht auf ein in den äußern Inhabungsverhältnissen nichts änderndes constitutum possessorium sich beschränkt hat. Vorausgesetzt wird also, daß entweder der Veräußerer selbst die Inhabung hatte und sie auf den Erwerber überträgt, oder, wenn ein Dritter für ihn die Sache inne hatte, die Uebergabe in Gemäßheit des § 804 durch widerspruchslose Ueberweisung gegenüber dem Inhaber erfolgt ist. In diesem letztern Fall des § 804 liegt in dem in andern Beziehungen allerdings recht bedenklichen Widerspruchsrecht des dritten Inhabers [5]) gegenüber der Vorschrift des § 877 ein nicht gering zu achtender Schutz; und jedenfalls wird man sich damit nur einverstanden erklären können, wenn die Begünstigung des gutgläubigen Erwerbers durch Zuschreibung des Eigenthums, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war, in Beziehung auf das formale Element, welches die Uebergabe der Sache in dem dinglichen Vertrag der Tradition darstellt, an besonders strenge Regeln und an äußerlich auch für Dritte erkennbare Uebergabeakte geknüpft wird [6]).

Dem Handelsgesetzbuch weiter folgend, ist sich der Entwurf bewußt, daß der alte deutsche Satz „Hand wahre Hand“ nur für solche Fälle bestimmt und berechtigt war, in welchen der Eigenthümer die Sache mit seinem Willen aus seiner Hand entlassen hatte und deshalb, wenn der Dritte, dem er sie zur Inhabung anvertraute, sie nicht genügend wahrte, sich nicht beklagen konnte, sondern den Einwand sich gefallen lassen mußte, er habe den Schaden sich selbst zuzuschreiben.

Er schließt deshalb die gestohlenen und gefundenen Sachen, welche auch das Handelsgesetzbuch ausnimmt, von dem Eigenthumserwerb des gutgläubigen Erwerbers nach § 877 aus und fügt in richtiger Erkenntniß, daß die gestohlenen und gefundenen Sachen doch nur die gewöhnlichsten aber nicht die ausschließlichen Kategorien der ohne den Willen des Eigenthümers aus dessen Inhabung gekommenen Sachen sind, die „in anderer Weise“ abhanden gekommenen Sachen hinzu.

[5]) Vergl. Bähr in der Kritischen Vierteljahrschrift N. F. XI pag. 498 ff.

[6]) Obwohl bei beweglichen Sachen von einer „Publizität“ der oft unter vier Augen sich vollziehenden und für Dritte geheim bleibenden Uebertragungsakte überhaupt doch nur theilweise die Rede sein kann.

Aber auch Artikel 307 des H. G. B., welcher bei Papieren auf den Inhaber den gutgläubigen Erwerber auch dann Eigenthümer werden läßt, wenn diese Papiere gestohlen oder verloren waren, findet im Entwurf Aufnahme und zugleich eine den Bestimmungen des preußischen Rechts entsprechende Ausdehnung, indem der Schluß des § 879 bestimmt, daß, wenn „Geld oder ein Inhaberpapier veräußert oder die Veräußerung einer andern Sache mittels öffentlicher Versteigerung durch einen zuständigen Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befähigten sonstigen Beamten oder öffentlich angestellten Auktionator bewirkt ist," der gutgläubige Erwerber auch dann Eigenthümer werden soll, wenn die veräußerte Sache gestohlen, verloren oder in anderer Weise dem Eigenthümer abhanden gekommen war.

Die Beibehaltung dieser Ausnahmebestimmung betreffs der Inhaberpapiere verstand sich beinahe von selbst; aber auch die Ausdehnung auf Geld und auf Erwerb in öffentlicher Versteigerung ist zu billigen. In dem Gebiete des gemeinen Rechts wenigstens hatte, wer in einer öffentlichen Auktion, selbst wenn sie im Zwangsvollstreckungsverfahren von dem Gerichtsvollzieher abgehalten wurde, eine Sache ersteigerte und bezahlte, bis jetzt keinerlei Schutz gegen etwaige Eigenthumsansprüche dritter Personen.

2. Habe ich soweit meine Zustimmung zu den Neuerungen der §§ 877 ff. ausgesprochen, so werden mir nunmehr auch wenige kritische Bemerkungen dazu gestattet sein:

Ein sachliches Bedenken habe ich dagegen, daß der Entwurf nicht unterscheidet zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb [7]).

Meines Erachtens sind die Begünstigungen, welche er dem gutgläubigen Erwerber zu Theil werden läßt, ebenso gerecht für den entgeltlichen, wie ungerecht für den unentgeltlichen Erwerb. Nehmen wir zunächst den Fall:

A. hat sein Vermögen und namentlich seine Inhaberpapiere bei B. deponirt. B., der Inhaber, schenkt einen Theil der Werthpapiere an C. C. ist dabei vollkommen in gutem Glauben. Er steht zu B. in einem Verhältniß, welches ein von diesem kommendes Geschenk nicht auffällig erscheinen läßt; und B. hat ihm glaubhaft erzählt,

[7]) Dasselbe Bedenken äußert auch Bolze im civilistischem Archiv Bd. 74 pag. 101 ff.

Diese Abhandlung kam mir erst nach Fertigstellung meiner Arbeit zu und konnte daher nur noch in Anmerkungen nachträglich erwähnt werden.

daß er einen Lotteriegewinn gemacht, oder eine Erbschaft erhalten, oder auf sonstige Weise Vermögen erlangt habe. A. erfährt das Vorgefallene. Nach dem Entwurf hat er kein Recht von B., welcher als gutgläubiger Erwerber bedingungslos Eigenthümer der Inhaberpapiere geworden ist, diese zurückzufordern. C. behält also das ihm ohne Rechtsanspruch Geschenkte zum direkten Schaden des A. — Daß diese Konsequenz praktisch mehr als hart und ungerecht ist, leuchtet ein.

Nach dem Entwurf aber ist sie unabweisbar; denn auch die Schenkung ist eine Veräußerung (vergl. § 441)[8].

In den Motiven ist auffälliger Weise der Frage einer andern Behandlung des unentgeltlichen Erwerbs mit keinem Wort auch nur Erwähnung gethan. Anscheinend glaubte man, auch darin dem Beispiel des Handelsgesetzbuchs zu folgen, da dieses in Artikel 306 nicht ausdrücklich von entgeltlichem Erwerb redet. Bedenkt man aber, daß dieser Artikel 306 von Waaren oder andern beweglichen Sachen redet, welche „von dem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußert und übergeben worden sind", so kann man, da schenkweises Hingeben im Handelsbetriebe eines Kaufmanns nicht vorzukommen pflegt[9], nicht zweifeln, daß in Wirklichkeit Artikel 306 H. G. B. nur entgeltlichen Erwerb im Auge hat. Richtig ist freilich, daß Artikel 307 H. G. B. für Inhaberpapiere das, was ich jetzt als bedenkliche Konsequenz des Entwurfs hervorgehoben habe, bereits vorgeschrieben hat, daß dies also für Inhaberpapiere schon jetzt geltendes deutsches Recht, und zwar nicht nur für den Handelsverkehr, bildet.

Allein wenn bei der Abfassung des Handelsgesetzbuchs an unentgeltliche Veräußerung verzeihlicherweise nicht gedacht wurde, so liegt kein Grund vor, den Fehler, welcher damals durch die zu weite Fassung des Artikels 307 begangen ist, jetzt beizubehalten.

Mein Bedenken bezieht sich aber keineswegs nur auf die Inhaberpapiere, sondern auf alle Fälle des § 877.

Auch, wenn A. ein Buch, das er von B. geliehen erhalten, an C. verschenkt und tradirt, ist es ungerecht, daß B. dadurch das Eigenthum des Buches verloren haben soll. Sein Ersatzanspruch gegen den Schenker aus § 880 hebt diese Unbilligkeit nicht auf.

[8] Und für eine vollzogene Schenkung hebt der Entwurf auch die seitherige Formvorschrift für große Schenkungen auf.

[9] So auch Bolze a. a. O. pag. 101.

Wenn man § 877 als eine anomale Bestimmung zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers auffaßt, welche darin ihren Grund finde, daß an dem Irrthum des Erwerbers über das Eigenthum des Veräußerers in der Regel der Eigenthümer in höherm Grade Schuld trage, als der Erwerber, und deshalb es der Billigkeit mehr entsprechend sei, den Nachtheil von dem Ersteren tragen zu lassen (Motive pag. 344), so müssen solche Billigkeitsrücksichten schweigen, wenn dem bei Anwendung des § 877 um den Sachwerth geschädigten Eigenthümer ein zwar gutgläubiger aber durch die Sache ohne Entgelt bereicherter Erwerber gegenübersteht. Die Billigkeit spricht dann für den Eigenthümer.

Wer ohne Entgelt die Sache erworben hat, mag, wenn dem Schenker Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, aus § 442 an diesen sich halten, anderenfalls aber den Verlust geschenkten Gutes leichter und billiger tragen, als der Eigenthümer den Verlust seines Eigenthums.

3. Weitere Bedenken, welche ich äußern möchte, sind folgende:

a) Der Schluß des Absatz 1 des § 877 lautet:

> „Die Kenntniß und die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts stehen, wenn die Anfechtung erfolgt, der Kenntniß und der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß der mit der Anfechtung eingetretenen rechtlichen Wirkungen gleich."

Die Motive verweisen auf die analogen Bestimmungen für das Grundbuchrecht in § 837. Bei der Begründung dieser letztern aber wird (pag. 221) nur darauf hingewiesen, daß ein Geschäft, wenn es später angefochten wird, nach § 112 als von Anfang an nichtig gelten soll, sofern das Gesetz nicht geringere Wirkungen der Anfechtung bestimmt. „Kennt daher der Erwerber die Nichtigkeit, so müssen auch die mittels Anfechtung eintretenden rechtlichen Wirkungen als schon zu jener Zeit ihm bekannt gewesen angesehen werden."

Hiergegen und gegen die Bestimmung jenes Satzes an sich habe ich nichts einzuwenden, halte dieselbe vielmehr für gerecht. Für unrichtig aber halte ich die Stellung, welche der Entwurf der Bestimmung anweist:

> „So lange nicht angefochten ist, besteht das Rechtsgeschäft. Erfolgt die Anfechtung, so wird das Rechtsgeschäft hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als wenn es nicht vorgenommen wäre. Der frühere Zustand

wird alsdann von Rechtswegen hergestellt", so besagen die Motive Bd. I pag. 219.

Ist also das Rechtsgeschäft, welches das Eigenthum des Veräußerers begründet hat, anfechtbar im Sinne des § 112, so ist trotzdem so lange, bis die Anfechtung nicht erfolgt, der Veräußerer Eigenthümer der Sache. Jener Satz 2 des § 877 steht also insofern nicht am richtigen Platz, als streng genommen er sich nicht auf einen Fall bezieht, in welchem „der Veräußerer nicht Eigenthümer der Sache war".

Korrekt würde die Bestimmung als besonderer Paragraph dem § 877 nachfolgen und etwa folgende Fassung haben müssen:

> „War das den Eigenthumserwerb des Veräußerers begründende Rechtsgeschäft anfechtbar, so findet, im Fall die Anfechtung nach der Veräußerung erfolgt, die Bestimmung des vorigen Paragraphen dergestalt entsprechende Anwendung, daß die Kenntniß und die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts der Kenntniß und der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß der mit der Anfechtung eingetretenen rechtlichen Wirkungen gleichsteht."

Dabei sei bemerkt, daß § 112 sich zwar an sich nicht auf die Bestimmungen der Konkursordnung und des jetzt geltenden Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 bezieht, die von diesem behandelten Rechtsgebiete vielmehr nicht in den Bereich des Entwurfs fallen sollen (Motive I pag. 218 am Ende). Doch ist dies deshalb für unsere Frage praktisch ohne Bedeutung, weil ja dem § 30 der Konkursordnung, wie dem § 7 des Anfechtungsgesetzes eben die Auffassung zu Grunde liegt, daß das angefochtene Rechtsgeschäft — im Falle des § 30 im vollen Umfange, im Falle des § 7 nur dem anfechtenden Gläubiger gegenüber — so angesehen werden soll, als ob es nicht vorgenommen worden wäre, so daß unsere Bestimmung im vollen Umfang darauf Anwendung leiden wird.

Sehr nahe liegt die Frage, warum der Entwurf nicht auch eine gleiche Bestimmung, wie für den Fall der Anfechtbarkeit, auch für den eines unter auflösender Bedingung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts für erforderlich gehalten hat. Nach § 129 soll ja mit Erfüllung der Resolutivbedingung das Rechtsgeschäft, welchem dieselbe beigefügt ist, dergestalt endigen: „daß der frühere Zustand von Rechtswegen wieder

hergestellt werde", also ohne daß es noch einer Rückübertragung der durch das Rechtsgeschäft begründeten Rechte bedarf. Hiernach liegt die Analogie mit dem Fall der Anfechtbarkeit auf der Hand. Der Entwurf aber hat für die auflösende Bedingung bereits am Schluß des § 135 durch die Bestimmung Vorsorge getroffen, „die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung."

Durch diese Bestimmung wird dem § 877 auch für den Fall entsprechende Anwendung gesichert, daß das den Eigenthumserwerb des Veräußerers begründende Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen war, welche nach der Veräußerung erfüllt wird [10]).

Warum der Entwurf, wenn er bei der auflösenden Bedingung im allgemeinen Theil den Schlußsatz des § 135 für angemessen erachtet, nicht auch für den Fall der Anfechtbarkeit dem § 112 einen entsprechenden Zusatz gegeben hat, ist nicht ersichtlich. Gleichmäßige Behandlung beider Fälle wäre am Platz, nebensächlich ist alsdann, für welchen von beiden Wegen man sich entscheidet.

b) In § 879 ist der Ausdruck „ohne den Willen des Eigenthümers oder desjenigen, welcher sie für denselben inne hatte, aus deren Innehabung gekommen ist" ungenau. Aus der alternativen Fassung könnte man folgern, daß auch dann, wenn nicht der Eigenthümer selbst, sondern ein Dritter für ihn die Innehabung hatte, es auch auf den Willen des Eigenthümers und nicht vielmehr nur auf den des Inhabers ankomme. Nach den Motiven kann nicht zweifelhaft sein, daß dies nicht die Absicht der Bestimmung ist; denn sie sagen (pag. 348): „Die prinzipielle Voraussetzung für die gemachte Ausnahme liegt in dem Verluste der Innehabung ohne den Willen des Inhabers."

Das Wesentliche ist, daß die Sache aus dem Gewahrsam des Inhabers, mag dies nun der Eigenthümer oder ein Dritter für ihn sein, ohne Willen des Inhabers herausgekommen ist; und dies würde besser ausgedrückt werden durch die Worte:

> „ohne den Willen des Inhabers aus der Innehabung des Eigenthümers oder desjenigen, welcher sie für denselben inne hat, gekommen ist."

[10]) Auch bei einem weiteren analogen Fall, der gegen ein Veräußerungsverbot verstoßenden Veräußerung, ist im § 107 Absatz 1 a. E. eine ebensolche Vorschrift aufgenommen, wie in § 135.

c) Wenn nach § 878 mit der Erlangung des Eigenthums durch den Erwerber zugleich alle sonst an der Sache bisher begründeten Rechte erlöschen, wenn sie dem Erwerber beim Erwerbe[11]) nicht bekannt gewesen sind, seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat, so darf die Stellung dieses Paragraphen unmittelbar nach dem nur auf die Veräußerung seitens eines Nichteigenthümers sich beziehenden § 877 nicht dazu verführen, auch ihm nur für diesen Fall Bedeutung beizumessen; vielmehr gilt § 878 im vollen Umfang für alle Fälle, in welchen durch die Tradition der Erwerber Eigenthümer der an ihn veräußerten Sache wird.

Der gute Glaube des Erwerbers wird also gegenüber dinglichen Rechten Dritter nicht weniger geschützt als gegenüber dem Eigenthum eines Dritten. Auch § 879, welcher die Ausnahmen von den zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers gegebenen Vorschriften bestimmt, läßt diese Ausnahmen ebenso für den Fall des § 877 Platz greifen.

Wenn die Motive (pag. 348) jedoch sagen:

> „Ist die Sache ohne den Willen des dinglich berechtigten Inhabers an den Eigenthümer zurückgelangt, so wird nicht bezweifelt werden können, daß die Ausnahmsnorm nur dem Inhaber—Pfandgläubiger oder Nießbraucher — zum Vortheil gereichen kann,"

so ist dies wohl unrichtig und widerspricht der Fassung welche § 879 im Entwurf erhalten hat. Denn für gestohlene, verlorene und sonst abhanden gekommene Sachen gilt die Ausnahme der § 879 nur, wenn dieselben ohne den Willen des Eigenthümers oder desjenigen, welcher sie für denselben hatte aus deren Inhabung gekommen sind. Der Nießbraucher (§ 984) und der Faustpfandgläubiger (§ 1153) sind zur Inhabung der Sache berechtigt. Ist dieselbe also in ihrer Inhabung, so sind sie es, welche für den Eigenthümer — wenn auch zu eignem Recht — die thatsächliche Herrschaft über die Sache ausüben. Kommt daher die Sache ohne ihren Willen aus ihrer Inhabung, und wird dann Gegenstand einer Tradition, so ist § 879 zweifellos anwendbar, und zwar nicht nur zu Gunsten des Nießbrauchers bezw. Faustpfandgläubigers, sondern zugleich auch zu Gunsten des Eigenthümers, welcher ja die Inhabung durch jene ausübte.

[11]) Zur Bezeichnung des maßgebenden Zeitpunktes heißt es im § 877 „bei dem sich vollziehenden Erwerbe," in § 878 einfach „bei dem Erwerbe." Die Verschiedenheit des Ausdrucks ist wohl unabsichtlich; mir scheint der kürzere Ausdruck vorzuziehen.

Wenn jedoch, wie die Motive in jenem Satze unterstellen, die Sache ohne den Willen des dinglich berechtigten Inhabers an den Eigenthümer zurückgelangt und somit in dessen Hand Eigenthum, Besitz und Inhabung vereinigt sind, so kann von da an unmöglich die Sache als eine solche betrachtet werden, für welche bei Weiterveräußerung die Ausnahmebestimmung des § 879 gelten soll. Wenn nach dem Zeitpunkt jener Vereinigung der Eigenthümer, Besitzer und Inhaber in einer Person die Sache veräußert und tradirt, so kann das, was vorausgegangen, die Sache nicht mehr als eine „abhanden gekommene" unter die Ausnahmebestimmung fallen lassen.

Die Fassung des § 879, welcher lediglich den Eigenthümer und denjenigen welcher für denselben die Sache inne hatte, erwähnt und ausschließlich den Fall, wenn die Sache ohne deren Willen abhanden kommt, ins Auge faßt, kann nicht so verstanden werden, wie die Motive es meinen.

Wer von dem Eigenthümer die in dessen Besitz und Inhabung befindliche Sache tradirt erhält, muß vor der Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung gesichert sein.

Auch hier halte ich eine Aenderung des Entwurfs nicht für nöthig, da ich den Entwurf selbst über die Motive stelle. Sollte aber wirklich in jenem Falle die betreffende Sache als eine gestohlene ꝛc. im Sinne des § 879 gesehen werden können, so würde durch unzweideutige Fassung das auszuschließen sein, was die Motive als Sinn des Entwurfs hinstellen[12]).

5. Um die Beeinträchtigung, welche der wirkliche Eigenthümer oder dinglich Berechtigte durch die den gutgläubigen Erwerb von einem Nichteigenthümer begünstigenden Bestimmungen der §§ 877—879 erleidet, nicht ohne Ausgleich zu lassen, bestimmt § 880:

> „Wer in Gemäßheit der §§ 877 bis 879 den Verlust eines Rechtes erleidet, kann von demjenigen, welcher unberechtigt verfügt hat, die Herausgabe der dadurch erlangten Bereicherung fordern. Die Vorschriften des § 748[3] finden Anwendung."

Weiter gehende Schadensersatzansprüche, falls eine unerlaubte Handlung vorliegt, werden von dieser Bestimmung nicht berührt.

[12]) Redaktionelles Bedenken erregt der zweite Satz des § 879. Daß die Ausnahmebestimmung für Geld, Inhaberpapiere und versteigerte Sachen nur in einem nachschleppenden Nebensatz Platz findet, entspricht durchaus nicht der eminenten Wichtigkeit derselben.

Sie verpflichtet einfach denjenigen „welcher unberechtigt verfügt hat," also dessen Verfügung objektiv unberechtigt war, einerlei ob er dies wußte bezw. wissen mußte oder nicht; und sie verpflichtet denselben zur Herausgabe „der dadurch erlangten Bereicherung" also der durch die unberechtigte Verfügung erlangten Bereicherung. Auf den gewöhnlichen Fall des Kaufs angewendet heißt das: wer, ohne Eigenthümer einer Sache zu sein, diese verkauft und tradirt, hat, wenn in Gemäßheit der § 877 ff. der Erwerber Eigenthümer wird, also damit das seitherige Eigenthum erlischt, dem seitherigen Eigenthümer den Kaufpreis herauszugeben. „Die Bereicherung" ist herauszugeben, also nicht etwa nur der Werth der Sache zu erstatten. Und zwar mit Recht, denn, wenn der unberechtigte Veräußerer einen Preis erzielt, welcher den objektiven Werth der Sache übersteigt, so ist kein Grund, ihm diesen Ueberschuß zu belassen, zumal vielleicht ein gleich günstiger Verkauf auch dem wirklichen Eigenthümer möglich gewesen wäre.

Auch auf die subjektive Seite, also darauf, ob der unberechtigt Verfügende ohne Fahrlässigkeit in gutem Glauben handelt, ist mit Recht kein Gewicht gelegt. So gut der Veräußerer vor der Veräußerung die Sache infolge einer gegen ihn angestellten Eigenthumsklage ohne Entgelt und Lösungsanspruch hätte herausgeben müssen, ebensogut muß er zur Herausgabe des Erlöses verpflichtet sein; denn es liegt kein Grund vor ihn infolge der von ihm bewirkten Veräußerung besser zu stellen, als vorher. Deshalb ist auch die meines Erachtens in der Fassung des Entwurfs liegende Konsequenz berechtigt, daß der Veräußerer in dem unterstellten Fall den gesammten Kaufpreis herauszugeben hat und daran nicht etwa kürzen darf, was er selbst für die Sache zahlte; denn auch hierzu würde er ja vorher gegenüber der Vindikation des Eigenthümers nicht berechtigt gewesen sein.

Zu einem Zweifel könnte die Bestimmung des § 880 Anlaß bieten, soweit sie nicht auf das Eigenthum, sondern auf andere an der Sache bisher begründete dingliche Rechte (welche nach § 878 bezw. 879 gleichfalls erlöschen) bezieht.

Der Entwurf sagt einfach: wer den Verlust „eines Rechts" erleidet, kann die Bereicherung fordern. Soll nun der Nießbraucher oder Faustpfandgläubiger auch seinerseits trotz seines nur beschränkten Rechts die volle Bereicherung, also den vollen, von dem Nichteigenthümer erlösten Kaufpreis herausverlangen können? Ich

glaube: ja. Denn andernfalls hätte es einer den Anspruch des dritten dinglich Berechtigten auf ein geringeres Maß beschränkenden Fassung des Paragraphen bedurft.

Dabei verstehe ich den Sinn des § 880 dahin, daß, wenn Nießbraucher oder Faustpfandgläubiger die Bereicherung in Folge desselben verlangen, ihnen daran auch nur dasselbe Recht, wie bisher an der Sache selbst, zustehen soll [13]).

Kann es sich aber schon hierbei fragen, ob nicht eine besondere dies klarstellende Bestimmung aufzunehmen gewesen wäre, so ist dies noch mehr der Fall bezüglich der Frage, ob und wie weit der in Gemäßheit des § 880 die Bereicherung herausgebende Veräußerer seinerseits auf seinen Vormann zurückgreifen kann. Hier kommen §§ 370 ff. über Gewährleistung des Veräußerers in Betracht. Nach § 377 steht ein Rechtsanspruch wegen Entwährung dem Erwerber gegen den Veräußerer nur dann zu, wenn das dieselbe herbeiführende Recht des Dritten „mit Erfolg geltend gemacht" ist. Was hierunter zu verstehen ist, besagt § 375 letzter Absatz speziell für unsern Fall:

> „Ist jedoch bei dem die Veräußerung einer Sache betreffenden Vertrage die Verwirklichung des Rechts des Dritten von der Herausgabe der Sache abhängig, so ist das Recht des Dritten erst dann als mit Erfolg geltend gemacht anzusehen, wenn **die Sache** dem Dritten herausgegeben ist."

Aus den letzten Worten könnte man folgern, daß nur dann und erst dann, wenn die Sache selbst dem Dritten herausgegeben wäre, der etwaige Anspruch begründet sein solle.

Es fragt sich daher, ob nicht jenem § 375 im Hinblick auf unsern Fall eine etwas andere Fassung zu geben sein wird.

6. Hier wird sich am einfachsten die Erörterung des Lösungsanspruchs anschließen, welchen der Entwurf in beschränktem Umfang dem gutgläubigen Erwerber, welcher nicht Eigenthümer wird, gewährt, obwohl der Entwurf selbst jene Erstattung in dem vierten Abschnitt in § 939 und § 940 behandelt.

Für die meisten Fälle, für welche die neuern Gesetzgebungen und insbesondere das Preußische Landrecht, einen Lösungsanspruch des gutgläubigen Erwerbers kennen, wird derselbe nach dem Entwurf schon dadurch gegenstandslos, daß von ihm in den meisten dieser Fälle

[13]) Aehnliche Fälle s. § 1002 und § 1157.

das Eigenthum des gutgläubigen Erwerbers anerkannt wird. Raum für einen Lösungsanspruch bleibt nur für die in § 879 bestimmten Ausnahmefälle von dieser Regel. Von diesen Ausnahmefällen aber schließt der Entwurf die Fälle des ersten Satzes des § 879 von dem Rechte eines Lösungsanspruches aus und gewährt denselben lediglich für den Fall des zweiten Absatzes desselben. Also nur demjenigen gutgläubigen Erwerber, welcher allein deshalb nicht Eigenthümer geworden ist, weil die ihm tradirte Sache gestohlen, verloren oder sonst ohne den Willen des Eigenthümers oder dessen, der für ihn die Sache inne hatte, aus deren Inhabung gekommen ist, soll nach dem Entwurf der Lösungsanspruch zustehen; d. h. er soll berechtigt sein, von dem die Herausgabe von ihm fordernden Eigenthümer Erstattung dessen zu begehren, was er selbst für den Erwerb der Sache dem Veräußerer geleistet oder noch zu leisten hat.

Die Gewährung eines solchen Lösungsanspruchs beruht auf Billigkeitsrücksichten; es soll einerseits das Recht des Eigenthümers der gestohlenen oder verlorenen Sache festgehalten und andererseits dieser Ausnahmebestimmung ihre schädigende Wirkung „im Wesentlichen" wie die Motive (pag. 418) meinen, genommen werden.

Will man mit dem Entwurf in dem Lösungsanspruch einen billigen Ausgleich der widerstrebenden Interessen finden, so ist jedenfalls dagegen nichts zu erinnern, daß im Fall des Absatz 1 des § 879 jener Anspruch nicht anerkannt und daß er da, wo er Anerkennung findet, auf den Werth der Sache zur Zeit der Herausgabe an den Eigenthümer (und zwar nach Abzug der von dem Eigenthümer zu ersetzenden Verwendungen § 939) beschränkt wird.

Gerade gestohlene und verlorene Sachen, welche objektiv der Eigenthumserlangung des gutgläubigen Erwerbers entzogen sind, können als solche nach einander durch die Hand einer ganzen Reihe von Veräußerern und Erwerbern gehen. Um klar zu stellen, wie weit die Wirkung des Lösungsanspruches sich erstreckt, setzen wir den Fall, daß eine gestohlene goldene Uhr von dem Dieb an den A., von A. an B., von B. an C. verkauft und tradirt wird, jedesmal um den ihrem Werth entsprechenden Kaufpreis von 100 M. Bei C. findet der Eigenthümer seine Uhr und verlangt sie heraus. Würde C. den Lösungsanspruch nicht geltend machen, so würde ihm gegen den Veräußerer B. aus § 377 ein Anspruch auf Ersatz der 100 M. zustehen und ebenso dann wieder dem B. gegen den A., dem A. gegen den Dieb.

Macht C. seinen Lösungsanspruch dem Eigenthümer gegenüber geltend, so muß dieser die Uhr durch Zahlung von 100 M. einlösen. Da § 939 Absatz 3 entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 880 vorschreibt, so hat alsdann der Eigenthümer gegen den B. seinerseits den Anspruch auf Herausgabe der durch die unberechtigte Weiterveräußerung erlangten Bereicherung, d. h. nach dem oben unter 5 Gesagten in unserm Fall auf Zahlung von 100 M. Die Regreßansprüche des B. an den A. und des A. an den Dieb sind dieselben wie ohne Lösungsanspruch. Durch Geltendmachung des letztern tritt also zwischen die Ersatzverbindlichkeit des B. gegenüber dem C. der lösende Eigenthümer. Dies ist nicht unberechtigt, denn gerade in einem solchen Fall, in welchem die gestohlenen Sachen bereits den Besitz einer Reihe von gutgläubigen Erwerbern durchlaufen haben, erscheint es in der That billig, daß der letzte Besitzer sie nicht ohne Erstattung des Werthes herauszugeben braucht.

Der Lösungsanspruch ist ein durch Zurückbehaltungsrecht gesicherter, jedoch auch selbstständig klagbarer Anspruch, bedingt durch die Herausgabe der Sache an den diese zurückverlangenden Eigenthümer. Nach § 939² soll er jedoch erlöschen, soweit nicht der Anspruch und dessen Umfang vor oder bei der Uebergabe der Sache dem Eigenthümer angezeigt ist. Der Zweck dieser Vorschrift ist nach den Motiven (pag. 419): zu verhindern, daß der ohne Kenntniß eines solchen Anspruchs die Sache zurückverlangende und zurücknehmende Eigenthümer nicht unbillig einer Lösungsforderung ausgesetzt sein soll, bei deren Kenntniß er vielleicht von der Rückforderung ganz Abstand genommen haben würde.

Ist dieser Gesichtspunkt an sich nicht unrichtig, so ist doch die Art, wie der Entwurf ihm Genüge zu thun strebt, nicht ganz einwandfrei. Es handelt sich hier namentlich auch um gestohlene Sachen. Findet nun der Eigenthümer die ihm gestohlene Uhr beim gutgläubigen Erwerber, der sie seinerseits mit ihrem vollen Werth bezahlt hat, und macht er alsdann in eindringlicher Weise sein — des Bestohlenen — Eigenthum daran geltend, so wird häufig der Besitzer in der Verblüffung darüber, in dem Besitz einer gestohlenen Uhr befunden worden zu sein, oder aus Anstand die Uhr dem Eigenthümer, falls an dessen Recht nicht zu zweifeln ist, alsbald herausgeben, ohne in dem ersten Augenblick daran zu denken, daß er wegen des von ihm selbst gezahlten Preises der Uhr einen Lösungsanspruch und ein Zurückbehaltungsrecht habe. Es erscheint nicht billig, diese

entgegenkommende Handlung des Besitzers dadurch zu strafen, daß man an sie den Verlust des Lösungsanspruchs knüpft.

In § 940 wird dem Lösungsanspruch des § 939 entsprechende Anwendung zu Gunsten des Faustpfandgläubigers gegeben, welchem eine gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sache von dem Nichteigenthümer verpfändet worden ist; doch kann hier der Inhaber Ersatz nur desjenigen fordern, „was er dem Schuldner gegen Empfang des Pfandes geleistet hat", so daß der Lösungsanspruch regelmäßig dann nicht stattfindet, wenn bereits früher kreditirt und später Pfandsicherheit gewährt worden ist — (Motive pag. 420).

Selbstverständlich ist es wohl die Absicht des Entwurfs, daß der Inhaber das, was er dem Verpfänder gegen Uebergabe des Faustpfandes geleistet hat, nur insoweit herausverlangen kann, als es ihm überhaupt noch geschuldet wird. Doch wird es gut sein, dies in § 940 durch einen kurzen Zusatz zum Ausdruck zu bringen.

II. **Ersitzung.**

1. Den Einfluß, welchen die neuen Bestimmungen der §§ 877 ff. über die Eigenthumserlangung des gutgläubigen Erwerbers üben müssen, tritt nirgends so hervorstechend zu Tage, als bei der „Ersitzung".

Die ordentliche Ersitzung des gemeinen Rechts verwandelt den titulirten gutgläubigen Besitz in Eigenthum. Nach dem Entwurf dagegen begründet der titulirte gutgläubige Besitzerwerb im Falle der Tradition regelmäßig schon alsbald volles Eigenthum. Die Tradition aber ist die weitaus häufigste Eigenthumserwerbsart für bewegliche Sachen, gegen welche alle anderen Eigenthumserwerbsarten — zumal die andern derivativen — ganz zurücktreten.

Damit fällt nach dem Entwurf die Nothwendigkeit, ja die Möglichkeit einer Ersitzung in den meisten Fällen, für welche diese nach dem seitherigen Recht bestimmt war.

Geht man mit dem Entwurf davon aus, daß guter Glaube Erforderniß der Ersitzung sein soll, so lassen sich die Fälle, in welchen für dieselbe nach jenen Bestimmungen des Entwurfs überhaupt noch Platz ist, wie folgt, gruppiren:

1. im Fall der Tradition:
   a) wenn der den Eigenthumserwerb hindernde Umstand nicht in dem Nichteigenthum des Veräußerers bestand, sondern

in etwas Anderm, etwa in der Geschäftsunfähigkeit desselben;

b) wenn die Tradition sich ohne Uebergabe der Sache oder lediglich mittels constitutum possessorum vollzogen hat (§ 879 Satz 1).

c) wenn die Sache gestohlen, verloren oder auf sonstige Weise ohne den Willen des Eigenthümers bezw. seines Inhabungs-Vertreters abhanden gekommen war (§ 879 Satz 2); hier mit den Ausnahmen für Inhaberpapiere ꝛc.

2. Bei allen andern Eigenthumserwerbsarten für bewegliche Sachen in allen Fällen, in welchen der Eintritt des Eigenthumserwerbs durch irgend einen den guten Glauben des Erwerbers nicht ausschließenden Umstand verhindert worden ist.

Erwägt man nun, daß zu 1 c gestohlene Sachen nach seitherigem gemeinen Recht der Ersitzung ganz entzogen waren; zu 1 a aber auch bei der Ersitzung gerade zu Gunsten der Unmündigen bezw. Minderjährigen besondere Bestimmungen gelten, so kann man dem Entwurf nur Recht geben, wenn er für die wenigen, nach Ausscheidung dieser, noch verbleibenden Fälle die Einführung einer ordentlichen Ersitzung nicht für am Platze hält, deshalb von einer solchen ganz absieht und lediglich eine einheitliche Ersitzung — im Sinn des seitherigen gemeinen Rechts würden wir sagen: eine außerordentliche Ersitzung — anerkennt.

Man wird sich hiermit umsomehr auch für jene an sich einer ordentlichen Ersitzung noch zugänglich bleibenden Fälle befreunden können, als der Entwurf gleichzeitig die Ersitzungsfrist auf zehn Jahre bestimmt.

Wenn die Fassung des ersten Absatzes des § 881:

„Derjenige, welcher eine bewegliche Sache während einer Frist von zehn Jahren besessen hat, erwirbt dadurch das Eigenthum (Ersitzung)"

auf den ersten Blick jede Erwähnung des Erfordernisses des guten Glaubens vermissen läßt, so wird dem für den Beginn der Ersitzung durch § 881 ², für die weitere Ersitzungsdauer durch § 886 vollkommen abgeholfen; ja die Herauslassung einer jeden Erwähnung des guten Glaubens aus dem ersten, die Erfordernisse formulirenden Satz des § 881 hat den Vortheil, die Beweislast nicht des Ersitzenden für seinen guten Glauben, sondern des Gegners für den Mangel desselben bezw. für eine grobe Fahrlässigkeit dabei, außer Zweifel zu stellen.

Auch mit den weitern Bestimmungen des Entwurfs über die Einrechnung des Besitzes der Rechtsvorgänger (§ 882 ¹) und die Unterbrechung des Besitzes (§ 885)[14]), sowie mit der Regelung der Ersitzung im Fall der Beerbung (§ 882 ² § 885 ¹ und § 888) und mit der Beweisregel des § 883:

> „Ist der Besitz für den Anfang und das Ende eines Zeitraumes erwiesen, so wird der Besitz für die Zwischenzeit vermuthet,"

wird man sich einverstanden erklären müssen.

2. Das Verhältniß der Ersitzung zur Verjährung des Eigenthumsanspruchs wird durch die §§ 884 und 887 bestimmt. Die Bestimmung des ersten Paragraphen, wonach die Ersitzung nicht begonnen noch fortgesetzt werden kann, wenn und so lange die Verjährung des Eigenthumsanspruchs gehemmt ist, hat, wie auch die Motive nicht verkennen, ihr Bedenkliches deshalb, weil dem gutgläubigen Besitzer, welcher sich selbst für den Eigenthümer hält, der dritte Eigenthümer und dessen Verhältnisse gar nicht bekannt sind, er also auch gar nicht wissen kann, ob, wann und wie lange dessen Eigenthumsanspruch gehemmt ist. Selbst dann, wenn er nach ununterbrochenem 10jährigem gutgläubigem Besitz über die Sache als eine nach seiner Meinung zweifellos ihm gehörige verfügt, wird er, falls ohne sein Wissen infolge einer Hemmung der Verjährung des Eigenthumsanspruchs auch seine Ersitzung gehemmt war und deshalb mit Ablauf des zehnjährigen Zeitraums noch nicht beendigt ist, unberechtigt über die Sache verfügen und deshalb der Haftung aus § 880 unterliegen. Andererseits aber ist nicht zu leugnen, daß, wenn ein Grund, welcher die Geltendmachung des Eigenthumsanspruchs durch den Eigenthümer hindert, von dem Gesetz für wichtig genug erachtet wird, um bei Berechnung selbst der langen dreißigjährigen Verjährungszeit berücksichtigt zu werden, er um so viel mehr auch für die kürzere zehnjährige Ersitzung berücksichtigt werden muß; und man kann daher dem Entwurf nicht Unrecht geben, wenn er diesen Gesichtspunkt in § 884 zum maßgebenden erhoben hat.

[14]) Zu Absatz 3 dieses Paragraphen stimme ich übrigens mit Bähr a. a. O. pag. 512 darin überein, daß ich in dem Fall dieses Absatzes die Einrechnung der Zwischenzeit in den Besitz für das Richtige halte. Auch für die Ersitzung beachtenswerthe Bemerkungen enthalten auch die in diesen Heften erschienenen Aufsätze von Lehmann „über die Anspruchsverjährung" (Heft II) und von Linkelmann „der Beginn des Rechtsstreits" (Heft 1).

Daß, wie die Motive für die außerordentliche Ersitzung des gemeinen Rechts hervorheben, diese nur die Kehrseite der Verjährung des Eigenthumsanspruchs sei, läßt sich nach dem Entwurf selbst schon angesichts der verschiedenen Zeitfristen (von 30 und 10 Jahren) nicht mehr in vollem Umfang behaupten. Jedenfalls aber ist es richtig, wenn nach § 887 durch Erhebung der Eigenthumsklage gegen den Besitzer die Ersitzung unterbrochen wird.

Hinzugefügt wird hier: „jedoch nur zu Gunsten desjenigen, welcher die Unterbrechung herbeigeführt hat.“ Genauer dürfte hierbei noch zu erwähnen sein, „bezw. seiner Rechtsnachfolger.“ Es ist dies wohl auch die Absicht des Entwurfs, der voraussichtlich einen solchen Zusatz im Hinblick auf § 236 ³ C. P. O. („die Entscheidung ist in Ansehung ꝛc.“) für entbehrlich gehalten hat.

Ueberflüssig wird derselbe jedoch namentlich dann nicht sein, wenn die erste Klage wegen Unzuständigkeit abgewiesen wird und es nun darauf ankommt, für die zweite Klage des Rechtsnachfolgers die Begünstigung des § 171 ² geltend zu machen [15]).

Bei der kürzern Frist der Ersitzung wird diese häufig beendet sein, bevor der Eigenthumsanspruch gegen den Ersitzenden verjährt ist. In diesem Fall kann natürlich von Fortsetzung und Beendigung solcher Verjährung nicht mehr die Rede sein, vielmehr ist durch die Ersitzung und das dadurch begründete neue Eigenthum das seitherige Eigenthum und damit auch der daraus hergeleitete Eigenthumsanspruch, noch ehe der letztere verjährt ist, erloschen.

3. Am Schluß der Bestimmungen über die Ersitzung steht § 889:

> „Mit dem Erwerbe des Eigenthums durch Ersitzung erlöschen zugleich alle sonstigen an der Sache vor dem Erwerbe des Besitzes begründeten Rechte Dritter, es sei denn, daß sie dem Ersitzenden bei dem Erwerbe des Besitzes bekannt gewesen oder nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind.

---

[15]) Da § 171 nach § 887 entsprechende Anwendung auf die Ersitzung findet so ist auch für diese dringend zu wünschen, daß der von Linkelmann (Heft 1 pag. 50 ff.) gerügte Unterschied zwischen den Fällen der Abweisung und der Zurücknahme der Klage beseitigt wird, damit nicht der Kläger, welcher nachträglich von der Unzuständigkeit des Gerichts sich überzeugt, die Klage mit erheblichen Mehrkosten erst durch Urtheil abweisen lassen muß, um die neue Klage nicht als inzwischen verjährt abweisen zu sehen.

Die Vorschriften der §§ 884 bis 887 finden entsprechende Anwendung."

Hierzu sagen die Motive (pag. 356) am Ende:

„auch die Möglichkeit, daß lediglich ein Nießbrauchrecht oder ein Pfandrecht erlischt — usucapio libertatis — ist hier wie dort nicht ausgeschlossen."

Die Motive gehen also davon aus, daß die in § 889 enthaltene Bestimmung über das Erlöschen aller dinglichen Rechte Dritter durch die Ersitzung auch dann Platz greife, wenn das seitherige Eigenthum nicht erlösche, der Ersitzende also nicht durch die Ersitzung Eigenthümer wird. Sie können dabei nur den Fall im Auge haben, daß der fragliche Ersitzer schon ohne die Ersitzung Eigenthümer war und als solcher die Sache die Ersitzungszeit hindurch in gutem Glauben ohne Kenntniß des Nießbrauchs oder Faustpfandrechts eines Dritten besessen hat. Nur in diesem Fall könnte man mit den Motiven von einer usucapio libertatis reden. Allein auf diesen Fall gerade paßt die Bestimmung des § 889 des Entwurfs nicht, denn sie redet von einem Erlöschen der dinglichen Rechte Dritter „mit dem Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung". Die Ersitzung der §§ 881 bis 889, also der Eigenthumserwerb durch Ersitzung, tritt aber nur ein, wenn der Ersitzende nicht schon ohnedies Eigenthümer war. Allerdings wird häufig auch Jemand, der bereits Eigenthümer war, zum leichteren Beweis seines Eigenthumes statt auf den wirklichen Eigenthumserwerb sich einfach auf die Ersitzung, auf den zehnjährigen gutgläubigen Besitz der Sache, berufen und damit durchdringen. Soll aber der Sinn des § 889, wie die Motive in jenem Satze andeuten, der sein, daß auch ohne Eigenthumsersitzung eine Freiheitsersitzung gegenüber dem Nießbrauch- oder Faustpfandberechtigten möglich sein soll, dann würde § 889 unbedingt einer Umänderung bedürfen, falls es nicht richtiger wäre, einen solchen Erlöschungsgrund des Nießbrauchs und Faustpfandrechts in Abschnitt VII Titel 2 bezw. Abschnitt IX Titel 3 zu regeln.

III. Verbindung, Vermischung, Verarbeitung.

Die diese Eigenthumserwerbsarten behandelnden §§ 890 bis 897 regeln die Materie in klarer, einfacher und billigenswerther Weise. Daß jeder Verbindung ein Einfluß auf die Eigenthumsverhältnisse nur dann eingeräumt wird, wenn die verbundene Sache zum wesent-

lichen Bestandtheil geworden, und daß, wenn dies der Fall ist, an sich Miteigenthum nach dem Werth entsprechenden Quoten angenommen und nur dann, wenn eine der verbundenen Sachen als die Hauptsache erscheint, in deren Eigenthum auch das Eigenthum der ihr als wesentliche Bestandtheile verbundenen andern Sachen aufgeht, ist klar und konsequent. Praktisch angemessen ist ferner für die Vermischung die Bestimmung des § 892², daß Untrennbarkeit auch dann anzunehmen ist, wenn die Ausscheidung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden sein würde. Für die Spezifikation endlich wird man dem Grundsatz, daß die Arbeit und nicht der Stoff über das Eigenthum der neu hergestellten Sache entscheidet, unbedenklich beistimmen und die zur Beseitigung von Zweifeln, was als eine neue Sache anzuziehen sei, hinzugefügte Bestimmung des § 894 gutheißen.

Nur zu zwei Bemerkungen giebt mir dieser Abschnitt Veranlassung:

1. Die Spezifikation ist kein „Rechtsgeschäft" (Motive pag. 360).

> „Ob dieselbe eine Rechtshandlung ist, auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte in geringerem oder weiterem Umfang entsprechende Anwendung zu finden haben, oder ob die Spezifikation nicht vielmehr lediglich als natürliche Handlung aufzufassen ist, bleibt besser der Entscheidung in der Wissenschaft und der Praxis vorbehalten. Von dieser Entscheidung hängt insbesondere auch die Beurtheilung der Spezifikationsthätigkeit geschäftsunfähiger Personen, sowie die Beurtheilung der Vertretung in der produktiven Thätigkeit ab."

Auf die theoretische Frage, ob die Spezifikation Rechtshandlung oder nur natürliche Handlung sei, will ich näher nicht eingehen. Praktisch aber ist es mir im höchsten Grade bedenklich, daß, wenn die Motive Recht haben, von der Entscheidung jener theoretischen Frage durch Wissenschaft und Praxis abhängig sein soll „die Beurtheilung der Vertretung in der produktiven Thätigkeit." Die produktive Thätigkeit ist ohne die jeden Zweifel ausschließende Zulassung einer Vertretung einer großen Gefahr ausgesetzt:

Liest man § 893

> „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines Stoffes oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigenthum an der letzteren."

so kann man aus dessen Wortlaut folgern wollen, daß der Geselle, welcher, in dem Geschäfte des Meisters arbeitend, aus dem Rohstoff den Stiefel hergestellt hat, Eigenthümer des letzteren geworden ist. Eine solche Folgerung aber muß durch das Gesetz selbst unmöglich gemacht und ihre Abweisung nicht erst der Entscheidung einer von dem Gesetze offen gelassenen Frage durch Wissenschaft und Praxis überlassen werden. Bei allem Vertrauen und aller Beruhigung darüber, daß Wissenschaft und Praxis die richtige Entscheidung finden würden, scheint es mir doch erwünscht, durch einen kleinen Zusatz in § 893, etwa durch die Fassung „wer selbst oder durch Andere" die Zulässigkeit der Vertretung bei der Spezifikation vor jedem sonst aus den Worten des Gesetzes und der angeführten Stelle der Motive zu entnehmenden Zweifel zu schützen.

2. Zu § 897

> „Wer in Gemäßheit der §§ 890—896 einen Verlust erleidet, kann von demjenigen, welcher dadurch bereichert ist, die Herausgabe der Bereicherung fordern. Die Vorschriften des § 748³ finden Anwendung."

ist natürlich auch der Fall ins Auge zu fassen, wenn der Verlust auf der einen und die Bereicherung auf der anderen Seite nicht gleich groß sind. Ist der Verlust größer als die Bereicherung, so gewährt die Vorschrift des § 897 eben nicht vollen Schadensersatz. Ist alsdann nach Lage der Sache ein gesetzlicher Anspruch auf Schadensersatz auch abgesehen von § 897 begründet (etwa weil eine unerlaubte Handlung vorliegt), so wird daran durch jenen Paragraphen nichts geändert. Die mala fides des Verbindenden, Vermischenden oder Verarbeitenden hat wenigstens hierdurch auch nach dem Entwurf ihre Bedeutung.

Ist dagegen die Bereicherung größer als der Verlust, so würde trotzdem nach § 897 die Herausgabe der vollen Bereicherung gefordert werden können, und zwar auch dann, wenn die Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung in gutem Glauben geschehen wäre. Es scheint unbillig, eine solche über den Begriff des Schadensersatzes hinausgehende Verpflichtung zu bestimmen, und deshalb wünschenswerth vor den Worten:

> „Die Herausgabe der Bereicherung einzuschalten, bis zur Höhe jenes Verlustes."

IV. Erwerb des Eigenthums an Erzeugnissen und ähnlichen Bestandtheilen einer Sache.

Wenn in der Ueberschrift von Erzeugnissen und „ähnlichen" Bestandtheilen einer Sache die Rede ist, während die §§ 898 bis 902 selbst von Bestandtheilen ohne Erwähnung einer solchen Beschränkung sprechen, so kann über diese Nichtübereinstimmung des Ausdrucks als unwesentlich hinweggegangen werden. Nicht so unwesentlich ist jedoch die Ungenauigkeit in § 898, welcher bestimmt:

> „Bestandtheile einer Sache, insbesondere deren Erzeugnisse, gehören auch nach der Trennung dem Eigenthümer der Sache, soweit nicht mit der Trennung ein Anderer in Gemäßheit der §§ 899—902 das Eigenthum an ihnen erwirbt."

Die Bestandtheilseigenschaft ändert aber an den Eigenthumsverhältnissen nur dann etwas, wenn es sich um wesentliche Bestandtheile im Sinne des § 782 handelt. Nur für wesentliche Bestandtheile einer Sache ist daher die Bestimmung dieses Paragraphen nothwendig und richtig. Für nicht wesentliche Bestandtheile bedarf es einer Bestimmung überhaupt nicht, da deren Eigenthumsverhältnisse, wie durch die Hinzufügung, so auch durch die Wiederwegnahme zu und von der andern Sache nicht berührt oder verändert werden. Eben deshalb aber würde auch die Bestimmung, daß jeder Bestandtheil einer Sache nach der Trennung beim Mangel eines sonst aus §§ 899—902 Berechtigten dem Eigenthümer der Sache, also doch derjenigen Gesammtsache, von welcher der Bestandtheil getrennt wird, zufallen solle, unrichtig sein, wenn er auf andere als wesentliche Bestandtheile angewendet werden soll.

Das Prinzip des § 898 bezüglich des Fruchterwerbs geht dahin, daß, wenn nicht ein anderes Recht aus den folgenden Bestimmungen sich ergiebt, der Eigenthümer der Sache auch Eigenthümer ihrer Erzeugnisse mit deren Trennung wird. Als solche dem Recht des Eigenthümers vorgehende andere Rechte behandelt der Entwurf:

1. das dingliche Recht auf die Frucht (§ 899),
2. das Recht des Besitzers § (900),
3. das Recht des obligatorisch Berechtigten (§ 901) und zwar:
   a) mit Innhabung der Sache,
   b) ohne solche.

In den Fällen 1, 2 und 3a soll der Berechtigte mit der

Trennung Eigenthümer der Früchte werden, in dem Fall 3b erst mit der Besitzergreifung (Perzeption), so daß hier zwischen dieser und der Trennung der Eigenthümer der fruchttragenden Sache (bezw. der sonst nach 1 und 2 Berechtigte) auch Eigenthümer der Früchte ist.

Eine Neuerung des Entwurfs gegenüber dem gemeinen Recht besteht darin, daß der gutgläubige Besitzer geradezu als Eigenthümer der Früchte bezeichnet wird. Die Motive pag. 365 ff. dürfen mit Recht hervorheben, daß durch diesen einen Schritt, den der Entwurf hinausgeht über die Stellung, welche schon das gemeine Recht dem gutgläubigen Besitzer hinsichtlich des Fruchterwerbs einräumt, ein durch seine Einfachheit sich empfehlendes Resultat sich ergiebt, ohne daß dadurch gegen die Billigkeit verstoßen würde. Der Eingang des § 900 „wer eine fremde Sache besitzt, erwirbt das Eigenthum u. s. w." hebt in diesem ersten Satz das Erforderniß der Gutgläubigkeit nicht hervor, beschränkt sich vielmehr darauf, unter 1 den Besitzer, welcher zur Zeit der Trennung weiß, daß er zum Besitze der Sache nicht berechtigt ist, und unter 2 denjenigen, welcher dem Besitz der Sache durch eine strafbare wenn auch nur auf Fahrlässigkeit beruhende Handlung erworben hat, von der Begünstigung des Fruchterwerbs zu Eigenthum auszuschließen.

Unter 1 wird dabei lediglich auf das wirkliche Wissen Rücksicht genommen, nicht auch auf ein Wissenmüssen, wenn nur durch grobe Fahrlässigkeit dem Besitzer die Kenntniß seiner Nichtberechtigung oder der Berechtigung eines Dritten entgangen ist. Die Motive (pag. 366 Absatz 3a) berufen sich hierfür auf die Analogie des § 886. Diese paßt jedoch nicht ganz; denn wenn für den einmal begonnenen Ersitzungsbesitz in § 886 nur wirkliche mala fides superveniens als Unterbrechungsgrund anerkannt und auf grobe Fahrlässigkeit keine Rücksicht genommen wird, so handelt es sich dabei doch um einen Besitz, welcher nach § 881² bei seiner Erwerbung nicht nur aus grober Fahrlässigkeit in gutem Glauben begonnen sein darf. Unser § 900 hingegen will den zum Fruchterwerb berechtigten gutgläubigen Besitzer mit Rücksicht auf die Art seiner Erwerbung nach Pos. 2 nur dann ausschließen, wenn der Besitzerwerb auf einer strafbaren Handlung beruht hat.

Setzen wir den Fall: der Käufer eines Gutes nimmt, weil er es nicht der Mühe werth hält, um die Grenzen desselben sich zu kümmern, auch von einem dem Nachbarn gehörigen Feld Besitz und

mäht, da die Erntezeit gerade bevorsteht, dasselbe ab, ehe der Eigenthümer davon Kenntniß erhält. Er ist gutgläubiger Besitzer und also nach § 900 Eigenthümer der Frucht — welche er alsbald in seine Scheune gebracht, dort aber noch liegen hat — geworden. Der Bereicherungsanspruch ist ausgeschlossen, da zu § 900 die Motive (pag. 366 vor 3) ausdrücklich eine Abweichung von dem Prinzip des § 748² ablehnen.

Zweifellos hat in diesem Fall der Besitzer nur in Folge grober Fahrlässigkeit in gutem Glauben sich für berechtigt gehalten, und es ist, wenn der wirklich berechtigte Nachbar zu spät das Geschehene erfährt, sicher durchaus unbillig, wenn ihm nicht das Recht zusteht, die in der Scheune des Andern noch liegende Frucht seinerseits zu beanspruchen.

Will man also dem § 900 im Ganzen die Fassung belassen, welche er jetzt hat, so würde doch entweder unter 1 hinter „gewußt" einzuschalten sein „oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht gewußt", oder aber der Pos. 2 eine andere nicht auf die strafbare Besitzerwerbung sich beschränkende Fassung zu geben sein.

In § 899² wird dem besitzenden Eigenthümer einer Sache, welcher von dem Recht eines dinglich zum Fruchtbezug Berechtigten keine Kenntniß hat, das Eigenthum der Früchte mit deren Trennung zugesprochen (sofern nicht der dinglich Berechtigte selbst ohne verbotene Eigenmacht die Trennung bewirkt). Auch für diesen Fall, also namentlich für den Fall, daß der Eigenthümer ohne Kenntniß eines Nießbrauchsrechts die Früchte bezieht, erfordert die Billigkeit, daß die nur auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß jenes andern Rechts der Kenntniß desselben gleich gestellt wird. Die Motive (pag. 364) verweisen hier auf die analogen Fälle der §§ 878 und 889, aber auch in diesen ist jene Rücksicht auf eine nur durch grobe Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntniß genommen. Mit Recht bemerken die Motive, daß der Eigenthümer nicht schlechter gestellt werden könne als der Besitzer. Man wird also die fragliche Aenderung in § 899 und § 900 gleichmäßig machen müssen.

Nicht unerwähnt darf bleiben, daß das Recht des gutgläubigen Besitzers auf Erwerbung der Frucht zu Eigenthum eine wesentliche Einschränkung durch § 1067² erleidet, indem danach die dem Besitzer zugefallenen Früchte der Hypothek verhaftet sind und bleiben. Die Sicherheit der Hypothekengläubiger, welche um die thatsächlichen Besitz- und Nutzungsverhältnisse häufig sich nicht bekümmern können, rechtfertigt jene Bestimmung.

Zu den §§ 901 und 902 belehren uns die Motive (pag. 367 ff.), daß wir es hier eigentlich nicht mit der gesetzlichen Regelung einer Eigenthumserwerbsart zu thun haben, daß vielmehr der in diesem Paragraphen vorgesehene Erwerb des Eigenthums an den Früchten durch den nur obligatorisch Berechtigten, welchem „zum Zweck einer solchen Zueignung die Inhabung der Sache überlassen" ist, auf einem dinglichen Vertrag beruht.

Der gewöhnliche Fall, in welchem insbesondere die Bestimmung des § 901² in Wirksamkeit treten wird, ist der Fall der Pacht. Für den Pächter, welchem ja stets die Inhabung der Sache eingeräumt wird, wird dadurch abweichend von dem gemeinen Recht der Erwerb des Eigenthums an den Früchten schon an den Zeitpunkt der Trennung geknüpft; und der Schlußsatz des § 901 sichert ihn davor, daß der Eigenthümer unberechtigter Weise während der Dauer der Pachtzeit von jenem dinglichen Vertrag zurücktreten könnte. Wenn die Motive (pag. 369) dabei jenen Bestimmungen deshalb eine besondere Wichtigkeit zuschreiben,

> „weil der Entwurf einer Verdinglichung des Pacht- und Miethsrechts durch Uebergabe der Sache oder durch die Eintragung dieser Rechte in das Grundbuch nicht kennt,"

so wird dieser Grund ja freilich an Wichtigkeit verlieren, wenn, wie wohl als sicher anzunehmen ist, bei Revision des Entwurfs der Satz „Kauf bricht Miethe", verlassen wird. Ich muß jedoch hier davon absehen, die Folgen einer solchen Aenderung des Entwurfs zu erörtern.

V. Zueignung.

Nur zwei nebensächliche Bemerkungen mögen hier genügen:

1. In § 904:

> „Eine bewegliche Sache, deren Eigenthümer die Inhabung, ohne dieselbe einem Andern einzuräumen, mit der Erklärung aufgiebt, das Eigenthum der Sache aufzugeben, wird herrenlos,"

ist der Ausdruck „mit der Erklärung" wohl besser zu vertauschen mit der Wendung, „in der erkennbaren Absicht." Sicher hat der Entwurf hierbei — und die Motive bestätigen das — nicht daran gedacht, das Erforderniß einer ausdrücklichen mündlichen Erklärung zu verlangen, sondern es kann hier wie sonst, in Gemäßheit des § 72, die Willenserklärung auch stillschweigend erfolgen. Aber gerade in diesem Paragraphen ist die Fassung eine so wenig glückliche, daß sie doch zu Mißdeutungen Anlaß geben könnte.

2. Wenn § 906 den ausgezogenen Bienenschwarm herrenlos werden läßt, wenn der Eigenthümer denselben nicht unverzüglich verfolgt, so soll § 907 das Recht des Eigenthümers jedenfalls auch nur bei solchem unverzüglichen und deshalb berechtigten Verfolgen regeln. Vorsorglich dürfte dies jedoch dadurch, daß auch in § 907 vor „Verfolgen" das Wort „unverzüglichen" gesetzt wird, vor jedem Zweifel zu sichern sein.

VI. Gefundene Sachen.

In ziemlich ausführlicher, dafür aber auch um so klarerer Weise werden in 18 Paragraphen die sachenrechtlichen Verhältnisse bezüglich des Findens verlorener oder sonst abhanden gekommener Sachen geordnet. Den Forderungen der Fürsorge für den Verlierer und der Billigkeit für den Finder ist dabei allenthalben Rechnung getragen.

Wenn Becker[16]) rügt, daß sogar Vorschriften für die Polizeibehörden hier in das bürgerliche Gesetzbuch sich verirrt hätten, so hat dieser vom Standpunkt der Gesetzgebungstechnik nicht unberechtigte Vorwurf von unserm praktischen Standpunkte aus kein schweres Gewicht. Meinerseits möchte ich sogar in einem Punkte eine Entscheidung, welche der Entwurf dem Ermessen des Gerichts anheimstellt, statt dessen lieber der Polizeibehörde übertragen sehen. Ich meine den Satz in § 914[2]:

> „Hat die Sache nur für den Verlierer oder den Eigenthümer einen Werth, so bestimmt das Gericht den Fundlohn nach seinem Ermessen."

Nicht deshalb möchte ich die Bestimmung des Fundlohns in diesem Falle der Polizeibehörde übertragen, weil ich sie für geeigneter dazu hielte, sondern lediglich deshalb, weil es wünschenswerth ist, daß die Bestimmung des Fundlohns auf möglichst einfache und wenig kostspielige Weise bewirkt wird, während doch eine Entscheidung des Gerichts nichts anderes als in dem weitläufigen und mit Kosten verknüpften Wege des Prozesses herbeigeführt werden kann[17]).

Ueberdies wird es sich bei Sachen, welche nur für den Verlierer oder Eigenthümer einen Werth haben, meistens auch nur

---

[16]) „System und Sprache des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs" pag. 14.

[17]) Daß der Entwurf an eine nicht prozessuale Thätigkeit des Gerichts hier gedacht hätte, scheint mir nicht anzunehmen.

um einen nicht erheblichen Fundlohn handeln, welcher kaum die Beschreitung des Rechtswegs verlohnt.

Diejenige Bestimmung, durch welche die ganze Materie vom Fund überhaupt erst in diesen dritten Titel vom Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen gehört, ist in § 918 enthalten. Hier wird der Polizeibehörde, nachdem ein Jahr oder unter Umständen auch bis zu 3 Jahren fruchtlos auf die Anmeldung eines Anspruchs auf die verlorene Sache gewartet worden ist, die Ertheilung eines schriftlichen Zeugnisses an den Finder vorgeschrieben und im Anschluß daran bestimmt:

> „mit der Aushändigung des Zeugnisses an den Finder erwirbt derselbe das Eigenthum an der Sache; zugleich erlöschen alle sonstigen an der Sache bisher begründeten Rechte."

Treten diese Wirkungen wirklich ein, so ist von da an trotz der nach § 922 noch drei Jahre lang bestehen bleibenden Bereicherungsansprüche des Verlierers bezw. Eigenthümers die Sache selbst sachenrechtlich dem Verlierer entzogen, des Charakters einer verlorenen oder abhanden gekommenen Sache entkleidet und in ein neues originäres Eigenthum des Finders übergegangen. Die Bestimmungen über verlorene oder abhanden gekommene Sachen können von diesem Zeitpunkt an auf sie nicht mehr Anwendung leiden.

Anders, wenn einer der Fälle vorliegt, in welchen trotz Ertheilung des Zeugnisses der Polizeibehörde die gedachten rechtlichen Wirkungen nicht eintreten. Dies ist — abgesehen von dem Fall des § 919 (wenn in dem Zeugnisse selbst der angemeldete Anspruch eines Dritten vorbehalten ist) — nach § 920 dann der Fall, wenn:

a) der Finder die im § 910 vorgeschriebene Anzeigepflicht verletzt hat, oder

b) wenn und soweit der Finder die entgegenstehenden Rechte an der Sache gekannt hat.

Ob einer dieser Fälle vorliegt, entzieht sich regelmäßig der Beurtheilung eines Dritten; die Möglichkeit derselben aber läßt auch denjenigen, welcher in gutem Glauben an das — wie er weiß, durch ein Zeugniß der Polizeibehörde bekräftigte — Eigenthum des Finders von diesem die Sache kauft und tradirt erhält, des Eigenthumserwerbs nicht sicher sein. Denn, wird ihm später nachgewiesen, daß jene an die Aushändigung des Zeugnisses regelmäßig geknüpfte

Wirkung des Eigenthumserwerbs für den Finder aus einem der Gründe des § 920 nicht eingetreten ist, so war die Sache noch eine „verlorene" und es liegt daher alsdann einer der Ausnahmefälle des § 879 vor. Auch der gutgläubige Erwerber wird in diesem Fall nicht Eigenthümer der verlorenen oder abhanden gekommenen Sache; und dies gilt nicht nur für denjenigen, welcher direkt von dem Finder erwirbt, sondern auch für weitere einander nachfolgende Erwerber. Erst durch Ersitzung wird in solchen Fällen regelmäßig das neue Eigenthum begründet werden können und müssen.

Man kann zweifelhaft sein, ob der Entwurf zu Gunsten des Verlierers nicht etwas zu viel gethan hat, indem er einerseits in §§ 910 ff. alle Fürsorge für dessen Auffindung und für Wahrung seiner Interessen trifft, andererseits aber trotzdem auch nach Ertheilung des in § 918[3] vorgesehenen Zeugnisses der Polizeibehörde den fraglichen Sachen den Charakter verlorener dann noch beläßt, wenn einer der Fälle des § 920 vorliegt. Man könnte dagegen einwenden, daß die Vorschriften des § 910 ff. den Verlierer genügend sichern, namentlich die der Polizeibehörde zur Pflicht gemachte öffentliche Bekanntmachung, sowie die dem Verlierer doch regelmäßig gegebene Möglichkeit, durch Anzeige bei der Polizeibehörde des Fundorts (oder, wenn er nicht genau weiß, welches der Fundort ist, auch an mehreren möglichen Fundorten) die Ertheilung des Polizeizeugnisses zu hindern oder sich wenigstens den Vorbehalt des § 919 zu sichern. Auch sind andererseits die Interessen gutgläubiger dritter Erwerber nicht minder des Schutzes würdig, als die des Verlierers. Allein ich begnüge mich damit, die Frage anzuregen, da einestheils die Ausnahmevorschrift des § 879 weniger auf der Absicht einer Begünstigung des Verlierers, als auf einem prinzipiellen Anschluß an die alte Schranke des Grundsatzes „Hand wahre Hand" beruht und anderntheils, wenn die Ersitzungszeit mit dem Entwurf auch für verlorene Sachen auf zehn Jahre bestimmt wird, die praktische Bedeutung der Frage nicht allzugroß sein wird.

An die Behandlung des Fundes schließt § 928 die Bestimmungen über den Schatz:

Derselbe soll zur einen Hälfte dem Finder, zur andern dem Eigenthümer der Sache, in welcher er aufgefunden worden ist, zu Eigenthum zufallen. Trotz der gegentheiligen Ansicht der Motive halte ich hier eine die Pflicht des Finders zur Anzeige an den Eigenthümer der Sache regelnde Vorschrift für nothwendig; die-

selbe müßte zugleich bestimmen, daß und welchen Nachtheil die Verletzung dieser Anzeigepflicht oder mindestens die absichtliche Verheimlichung des Fundes beim Schatz zur Folge haben soll.

Vierter Titel.

Eigenthumsanspruch.

Der Entwurf faßt unter diesem Namen die Vindikations- und die Negatorienklage zusammen, ohne beiden sie unterscheidende Sonderbezeichnungen zu geben. Da beide in der That nur Ausfluß des einen Eigenthumsrechts und verschiedene Seiten des einheitlichen Eigenthumsanspruchs sind, so ist hiergegen nichts zu erinnern, zumal deutsche Bezeichnungen wie „Eigenthumsfreiheitsklage" 2c. noch nicht in allgemeine Uebung gekommen sind, die Unbequemlichkeit aber, welche der Mangel getrennter Bezeichnungen herbeiführt, kaum nennenswerth ist.

Der letzte Paragraph des Titels handelt dann noch von der publizianischen Klage, welche eigentlich nicht zum Eigenthumsanspruch gehört. Doch wird dies auch von dem Entwurf nicht verkannt, er hat vielmehr jene nur deshalb hier ihren Platz finden lassen, weil auf sie die Vorschriften über den Eigenthumsanspruch entsprechende Anwendung finden sollen und nach dem System des Entwurfs eine andere Stelle, an welcher der publizianische Anspruch abgehandelt werden könnte, sich nicht wohl finden ließ.

Ich werde zunächst (1—6) den vindikatorischen, dann den negatorischen (7) Eigenthumsanspruch, zum Schluß den publizianischen Anspruch (8) erörtern.

1. Der Eigenthümer hat gegen den Besitzer und Inhaber „den Anspruch auf Herausgabe der Sache." Gegen diese Fassung, welche durch den Ausdruck „Herausgabe" den Beklagten auch „zu einer gewissen positiven Thätigkeit verbunden" sein lassen will, ist nichts einzuwenden. Auch was die Motive über diese Herausgabe auf Seite 398 ff. ausführen, kann nur gebilligt werden.

In dem künftigen Vindikationsprozeß wird sich die Klagbitte der Fassung des Entwurfs anschließen und demgemäß einfach auf Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache gerichtet werden. Auch das Urtheil wird dementsprechend in seiner Decisive hierauf sich beschränken. Die Motive selbst heben diesen Punkt (Seite 396) hervor und verneinen die Frage, ob ein dem-

entsprechendes Urtheil der ferneren Geltendmachung eines im Prozeß nicht vorgebrachten Eigenthumserwerbsgrundes entgegenstehe.

Sie halten dies deshalb für unbedenklich, weil es der Partei unbenommen sei, mit der Leistungsklage auf Herausgabe der Sache eine Feststellungsklage darüber, daß ihr das Eigenthum an der Sache zustehe, zu verbinden.

Durch die Möglichkeit dieser Feststellungsklage, deren Zulässigkeit auch ohne eine besondere gesetzliche Vorschrift nicht verkannt werden könne, werde die Partei in die Lage gesetzt, wenn sie es wünsche, auch ein die Eigenthumsfrage endgültig entscheidendes Urtheil herbeizuführen.

Diese Erwägung ist nicht unbedenklich. Abgesehen davon, ob das rechtliche Interesse an der Feststellung, welches Voraussetzung für die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist, von dem Richter nicht doch zuweilen verkannt und verneint werden wird, ist es mißlich, die Rechtsfolge einer die Eigenthumsfrage endgültig erledigenden materiellen Rechtskraft des Urtheils im Vindikationsprozesse davon abhängig zu machen, daß mit dem Klaganspruch aus § 929 noch eine besondere Feststellungsklage verbunden wird. Wenn auch im Anwaltsprozeß voraussichtlich oft diese Feststellungsklage erhoben werden dürfte, so ist doch im Amtsgerichtsprozeß nicht darauf zu rechnen, daß die Parteien hierfür Verständniß haben oder genügend hierüber belehrt werden. Ueberdies wird regelmäßig nicht der Kläger, sondern der Beklagte im Vindikationsprozeß das größte Interesse daran haben, daß eine Wiederholung der Eigenthumsklage auf Grund anderer angeblicher Erwerbsgründe durch die Ausdehnung der Rechtskraft des Urtheils unmöglich gemacht wird.

Es wird also jene Feststellung regelmäßig nicht von dem Kläger, der ja den Prozeß zu gewinnen und die Herausgabe der Sache dadurch zu erzwingen hofft, sondern von dem Beklagten, welcher durch das Urtheil endgültigen Schutz in Eigenthum und Besitz wünscht, geltend gemacht werden müssen, mithin die Form einer Widerklage annehmen, deren Erhebung schon aus Vergeßlichkeit häufig unterbleiben wird. Muß man nun aber, wie ich glaube, vom praktischen Standpunkt aus wünschen, daß eine Wiederholung der Eigenthumsklage unter denselben Parteien vermieden und der in dem Eigenthumsprozeß obsiegende Theil, insbesondere der auf Herausgabe belangte Beklagte, vor wiederholter Klage geschützt

wird, so wäre doch wohl zu wünschen, daß die Frage der materiellen Rechtskraft des Urtheils im Eigenthumsprozeß, welche zweifellos eine civilrechtliche, nicht eine prozessualische ist, im Entwurf — sei es hier, sei es in Buch I Abschnitt IX — mit geregelt würde [18]).

2. Das Eigenthum verlangt, wie die Motive betonen, einen seinem Inhalt entsprechenden thatsächlichen Zustand; damit ist ein gegen andere Personen sich richtendes Recht des Eigenthümers auf Herstellung dieses Zustandes gegeben; dieser Anspruch aber ist auf weiter nichts als auf Herstellung des rechtsgemäßen thatsächlichen Zustandes für die Zukunft gerichtet (Motive pag. 393).

Hiernach ist der Inhalt des Eigenthumsanspruchs mit der Herausgabe der Sache erschöpft. Alles, was der Eigenthümer außerdem noch beanspruchen kann, fordert und erhält er nicht auf Grund seines Eigenthumsanspruchs, sondern auf Grund selbstständiger legaler Verbindlichkeiten.

Nun ist es ja zweifellos richtig, daß der eigentlich dingliche Anspruch in der That konsequent gedacht im Fall der Vindikation lediglich auf Herausgabe der Sache und damit auf Herbeiführung des entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist.

Wenn aber trotzdem das römische Recht und andere Gesetzgebungen die weitergehenden Ansprüche des Eigenthümers gegen Besitzer und Inhaber der Sache wegen Nutzung und Schadensersatz nicht als selbstständige von dem dinglichen Eigenthumsanspruch losgelöste betrachtet, vielmehr als Accessorien, Anhängsel und Bestandtheile desselben angesehen und behandelt haben, so liegt dem doch ein praktischer Gesichtspunkt zu Grunde, welcher die geringe Abweichung von der Konsequenz der juristischen Theorie wohl rechtfertigt. Denn es heißt in der That, zusammengehörige und eng zusammenhängende Dinge auseinanderreißen, wenn man diese, fast in jedem Vindikationsprozeß eine Rolle spielenden Accessorien des Eigenthumsanspruchs scharf von ihm sondern und mit dem Entwurf als selbstständige von ihm unabhängige Ansprüche gestalten will. Die Motive selbst heben wenigstens als offene Frage

[18]) Auf die theoretische Streitfrage über die Tragweite des rechtskräftigen Urtheils im Eigenthumsprozeß — insbesondere auch nach heutigem Recht — gehe ich hier nicht ein.

die bedenkliche Konsequenz hervor, daß der ausschließliche dingliche Gerichtsstand, welchen §§ 25 und 27 C. P. O. für Eigenthumsklagen wegen unbeweglicher Sachen begründen, für diese Nebenansprüche des Eigenthumsklägers nicht begründet sei. Sie beruhigen sich jedoch hierbei deshalb, weil bei Schadensansprüchen das Gericht der gelegenen Sache auch forum delicti commissi sei. Allein gerade nach dem Entwurfe und den Motiven ist der Delikts-Gesichtspunkt keineswegs für alle Fälle durchschlagend. Und wenn die Motive weiter meinen, es werde der Mangel der Zuständigkeit auch nur selten (§§ 38 und 39 C. P. O.) geltend gemacht werden (Motive pag. 393 a. E.), so verkennen sie, daß wir bei der Eigenthumsklage auch mit dem bösgläubigen und oft böswilligen Besitzer und Inhaber zu rechnen haben, welchem wir schon als solchem chikanöses Vorbringen der Einrede der Unzuständigkeit zutrauen dürfen.

Die Loslösung der Nebenansprüche der §§ 930ff. von dem Eigenthumsanspruch kann ich daher nicht gutheißen.

3. An der Spitze der §§ 930—935, durch welche das Rechtsverhältniß des beklagten Besitzers oder Inhabers zum klagenden Eigenthümer hinsichtlich der Herausgabe der Nutzungen und des Schadensersatzes geregelt wird, steht die auf den ersten Blick befremdende Bestimmung des § 930[19]). Der Entwurf will jenes Rechtsverhältniß selbstständig und einheitlich ordnen und in dem Aufbau seiner darauf bezüglichen Bestimmungen nicht beengt sein durch Rücksichtnahme auf anderweite, sonst ihrer Konsequenz nach hier anwendbare Normen; deshalb schafft er zunächst für den selbstständigen Bau freien Platz, indem er in § 930 die Bestimmungen der nun folgenden Paragraphen als die für ihr Gebiet allein und ausschließlich maßgebenden bezeichnet. „Soweit nicht aus den §§ 931—35 ein Anderes sich ergiebt," erklärt er den Besitzer und Inhaber einer fremden Sache für „nicht verpflichtet dem Eigenthümer auch die Nutzungen der Sache herauszugeben oder den Schaden zu ersetzen, welchen derselbe durch Untergang oder Verschlechterung der Sache oder anderweit erlitten hat." Eigenthümlich berührt diese Fassung, wonach, abgesehen von den Bestimmungen der §§ 931—35 der Besitzer, also auch der bösgläubige Besitzer zur Nutzungsherausgabe und zum Schadensersatz nicht verpflichtet sein soll. Der Entwurf will namentlich die Anwendung zweier nach

[19]) Aehnlich Bolze a. a. O. pag. 1031l.

ihrer allgemeinen Fassung sonst hier Platz greifender Paragraphen ausschließen, nämlich bezüglich der Herausgabe der Nutzungen des § 748 über das Haben ohne Grund, die ungerechtfertigte Bereicherung, bezüglich des Schadenersatzes des § 704 über die unerlaubten Handlungen. Beide Paragraphen würden in der That ohne die Bestimmung des § 930 in mehr oder weniger weitem Umfang auf dem hier fraglichen Gebiet herangezogen werden können. Dem wird durch die Bestimmung des § 930 in unzweideutiger, aber doch wohl auch recht radikaler Weise abgeholfen.

Der sonst so konsequent und systematisch aufgebaute Entwurf macht sich hier mit vollem Bewußtsein einer Durchbrechung der Konsequenz schuldig, indem er in den §§ 930—35 Ausnahme-Bestimmungen aufstellt, welche gewissermaßen dem sonstigen System des Entwurfs entrückt, von der Anwendung der an sich auch dafür passenden Bestimmungen, insbesondere des § 704 und § 748 eximirt sein sollen. Ein solches Verfahren ist an sich nicht empfehlenswerth, kann vielmehr nur durch zwingende Gründe gerechtfertigt und entschuldigt werden.

Liegen solche zwingende Gründe hier vor? Ich glaube nicht. Schon an sich ist es was den § 704 betrifft, gewiß nicht unbedenklich, wenn dieser die unerlaubten Handlungen betreffende und an die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung des Rechts eines Andern durch eine widerrechtliche Handlung die Folge der Schadensersatzpflicht anknüpfende Paragraph beim Eigenthum, dem wichtigsten und ersten jener absoluten Rechte, zu deren Schutz der § 704² besonders bestimmt ist, außer Anwendung gesetzt werden soll. Die Frage liegt nahe, ob, wenn jener Paragraph zu weit gefaßt ist um bei Verletzung des Eigenthums in vollem Umfang Anwendung zu finden, er nicht ebenso auch zu weit gefaßt ist im Hinblick auf andere absolute Rechte, zumal ja durch die Bestimmung des Entwurfs über entsprechende Anwendung der für die Eigenthumsklage gegebenen Vorschriften auch auf andere dingliche Klagen (vergl. z. B. § 964. 1017 u. a.) auch für deren Fall die gleiche Inkonsequenz eintritt. Man kann füglich die Besorgniß hegen, daß bei der Anwendung auf andere absolute Rechte dieselben Bedenken gegen die wortgetreue Anwendung des § 704² sich ergeben werden, welche den Entwurf bestimmt haben, für Eigenthumsklagen durch § 930 ihn einfach zu beseitigen. Daß der Entwurf die unerlaubte Handlung im Gegensatz zum römischen Recht unter allgemeine zum Schadensersatz verpflichtenden

Vorschriften gestellt hat, verdient sicher Beifall. Erweist sich aber die betreffende Vorschrift in ihrer Anwendung auf das Eigenthum zu weit gefaßt, so wäre der richtigere und korrektere Weg der Abhilfe wohl der gewesen, dem § 704 selbst eine engere Fassung zu geben.

Die Motive enthalten über den Gesichtspunkt des Delikts in seiner Anwendung auf die Verpflichtung des Eigenthumsbeklagten mancherlei nicht allenthalben untereinander völlig übereinstimmende Erwägungen, an deren Schluß sie sagen (Seite 395): „Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß, wenn das Gesetz schwiege, der unredliche Besitzer weder als Delinquent noch aus einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Obligation dem Eigenthümer haftbar sein würde.“ Sie verneinen also und zwar mit Recht, den Deliktscharakter des unredlichen Besitzes als solchen, sie verneinen namentlich eine Verpflichtung des Besitz-Erwerbers nachzuforschen, ob seine Handlung nicht etwa ein fremdes Recht beeinträchtigt (wenigstens für die Regel, unbeschadet der Ausnahmen, z. B. im Fall des § 259 Strafgesetzbuchs). Dagegen gehen sie weiter davon aus (pag. 402): „Wenn auch in dem Zustand des Besitzers oder Inhabers niemals ein Delikt gefunden werden kann, so würden doch die einzelnen während des Zustandes an der Sache vorgenommenen Handlungen, welche Schaden stiften und damit das Recht des Eigenthümers beeinträchtigten, dem Begriffe des Delikts unterstellt werden müssen, wenn vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt worden ist.“ Diese an sich begründete Delikthaft schließt § 930 aus; und im § 935 wird dieselbe nur insoweit wieder zugelassen, als

a) es sich um die Handlung des Erwerbes des Besitzes oder der Inhabung handelt und
b) diese Handlung eine strafbare oder eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung ist.

Hat dem Erwerb des Besitzes nicht eine derartige strafbare oder vorsätzlich unerlaubte Handlung zu Grunde gelegen, so begründen Handlungen während der Dauer des erworbenen Besitzes nach dem Entwurf in keinem Falle eine deliktmäßige Haftung, wie die Motive pag. 402[4] ausdrücklich anerkennen. Setzen wir also den Fall: Der gutgläubige Erwerber und Besitzer einer Sache erfährt, daß diese nicht sein Eigenthum geworden, sondern einem Dritten gestohlen ist; und um den Weitläufigkeiten eines Herausgabeprozesses zu entgehen, vernichtet er die Sache. Er verstößt damit gegen § 303 Str. G. B.

und wird wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung, begangen an einer fremden Sache, bestraft.

Warum soll in diesem Fall seine civilrechtliche Haftung nicht unter den Gesichtspunkt des Delikts fallen, sondern lediglich wie der Entwurf und die Motive zur Folge haben würden, als legale Haftung aus § 931 gedacht werden? Bei einer strafbaren Handlung, und wohl auch bei jeder vorsätzlichen unerlaubten Handlung liegt kein Grund vor, die Deliktshaftung auszuschließen; dagegen ist zuzugeben, daß für den gutgläubigen Besitzer, dessen guter Glaube auf Fahrlässigkeit beruht, es unbillig und ungerecht sein kann, ihn dem Eigenthümer gegenüber bedingungslos zu vollem Schadensersatz verbindlich zu machen. Ob jedoch zu befürchten sein würde, daß dies geschähe, wenn § 930 fehlte, möchte ich bezweifeln. Der gesunde Sinn der Praxis wird eine allzu strenge und ungerechte Auffassung der Ersatzpflicht des gutgläubigen Besitzers nicht befürchten lassen. Auch würde ich einer auf diesen Fall sich beschränkenden besonderen Bestimmung beipflichten können.

Als zweite Bestimmung, deren Ausschließung den wesentlichen Zweck des § 930 bildet, machen die Motive den § 748 über die Ansprüche aus grundlosem Haben und ungerechtfertigter Bereicherung geltend. In dieser Beziehung ist jedoch der gutgläubige Besitzer durch § 900 gegen ungerechte Ansprüche auf Herausgabe der in gutem Glauben gezogenen Früchte bereits vollkommen geschützt, da diese Früchte nach jenem Paragraphen mit der Trennung von der Hauptsache sein Eigenthum werden, und hiernach in Gemäßheit des § 748² der Konditionsanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nicht stattfindet[20]).

Warum aber zu Gunsten des bösgläubigen Besitzers hier durch § 930 die Anwendbarkeit des § 748 beseitigt werden soll, ist nicht verständlich, ganz abgesehen davon, daß die Ansprüche des Eigenthümers an den Erzeugnissen der Sache im Falle des bösgläubigen Besitzes des Beklagten ja auch bei der jetzigen Fassung des § 930 durch dessen Absatz 2 vorbehalten bleiben, weil in diesem Fall die Erzeugnisse mit der Trennung in das Eigenthum des Sacheigenthümers gefallen sind[21]).

[20]) Siehe oben zu § 900.

[21]) Vorausgesetzt, daß nicht ein dingliches Recht eines Dritten auf die Früchte besteht.

Meines Erachtens dürfte **§ 930** des Entwurfs ruhig gestrichen werden können, ohne daß wir bedenkliche Folgen für die Praxis zu fürchten hätten.

Es wäre damit eine Bestimmung beseitigt, welche, wie schon betont, als Ausnahmebestimmung gewissermaßen das System durchbricht, und welche durch einen zwingenden Grund nicht entschuldigt wird.

Wende ich mich nach diesem Widerspruch gegen die Einleitung, welche § 930 den folgenden Paragraphen giebt, nunmehr zu letztern selbst, so ist materiell gegen die folgenden Bestimmungen des Entwurfs über die Nutzungsherausgabe und Schadensersatzpflicht des Eigenthumsbeklagten wenig zu erinnern.

§ 931 läßt diese Pflicht beginnen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Besitzer die Kenntniß erlangt, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, und stellt dem in Absatz 2 denjenigen Besitzer, der durch eine strafbare, wenn auch nur fahrlässige, Handlung den Besitz erworben hat, von dem Zeitpunkt seines Besitzerwerbs an gleich.

§ 933 stellt dem im Sinne des § 931 Abs. 1 bösgläubigen Besitzer weiter jeden Besitzer und Inhaber von dem Zeitpunkt an gleich, in welchem der Eigenthumsanspruch gegen ihn rechtshängig gemacht worden ist.

Die Verpflichtung selbst wird für alle diese Fälle — von dem für die einzelnen besonders bestimmten Anfangs-Zeitpunkt an — in § 931 dahin bestimmt:

a) die seit dem fraglichen Zeitpunkt gezogenen Nutzungen dem Eigenthümer herauszugeben,
b) demselben den nach dem fraglichen Zeitpunkt von dem Besitzer aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden zu ersetzen, welcher durch Untergang oder Verschlechterung der Sache oder Nutzungen oder dadurch entstanden ist, daß Nutzungen, welche hätten gezogen werden können, nicht gezogen sind.

Die Bestimmung unter a enthält, wie die Motive betonen, zuweilen einen Anspruch, welcher über den Begriff des Schadensersatzes hinausgeht, nämlich wenn der Besitzer von der streitigen Sache mehr Nutzungen zieht, als der Eigenthümer davon gezogen haben würde; doch geht auch dieser Anspruch nicht weiter, als der Bereicherungsanspruch aus § 748.

Die unter b gedachte Schadensersatzpflicht andererseits enthält keine Erstattung alles dem Eigenthümer entstandenen Schadens; denn einmal beschränkt sie sich bei Verschlechterung oder Untergang der Sache auf den von dem Besitzer aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden, so daß sie nicht Platz greift, wenn etwa die Sache durch einen Zufall untergeht, von welchem dieselbe eben nur beim bösgläubigen Besitzer betroffen werden konnte (z. B. wenn sie beim Brande seines Wohnhauses mitverbrannt). Sodann aber bleibt unerstattet der Ersatz desjenigen Schadens, welcher dem Eigenthümer über die von dem Besitzer gezogenen oder zu ziehenden Früchte hinaus aus der Vorenthaltung der Sache dadurch entstanden sein kann, daß er, der Eigenthümer, nach seinen individuellen Verhältnissen entweder mehr Nutzungen aus der Sache hätte ziehen können oder durch den Nichtbesitz der Sache einen größeren Schaden erlitten hat.

In diesen beiden Punkten würde die Haftung des aus einer unerlaubten Handlung nach § 704 zum vollen Schadensersatz Verpflichteten eine weitergehende sein. In ihnen also beruht vorzugsweise die praktische Bedeutung der Versagung deliktmäßiger Haftung, welche die Folge des § 930 für alle diejenigen Fälle ist, welche nicht dem § 935 unterstehen. Für die Regel wird der Unterschied nicht sehr erheblich sein; will man ihn aber einmal ins Auge fassen, so ist, wenn wirklich eine unerlaubte Handlung vorliegt, kein Grund vorhanden, der beschränkten Haftung den Vorzug zu geben.

Für die nicht den Charakter der unerlaubten Handlung tragende mala fides ist der Umfang der Herausgabe und Schadensersatzpflicht in jenen Bestimmungen des § 931 zutreffend geregelt, und auch der gleichen Stellung jedes Besitzers von Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an wird man beistimmen müssen. Ebenso halte ich es für richtig, daß durch § 934 für den Fall eines Verzugs des Beklagten die weitergehenden aus dem Verzuge sich ergebenden Haftungsfolgen — welche ja auch die Folge der Schadensersatzpflicht einschließen — eintreten sollen.

Die Voraussetzungen und Folgen des Verzugs für den Eigenthumsanspruch besonders zu regeln, liegt keine Veranlassung vor, eben deshalb aber auch für mich kein Anlaß, darüber hier weiter mich auszulassen. Es würde sonst insbesondere der Frage näher zu treten sein, ob nicht eine Abänderung der Vorschrift des § 241 am Platze wäre, welche nach der Auslegung, welche sie in den Motiven erhält, den entschuldbaren Irrthum des Beklagten in Ansehung des

Schuldverhältnisses, also in unserm Fall in Ansehung des Eigenthums des Klägers, den Eintritt des Verzugs ausschließen lassen soll.

4. Was die Haftung des Inhabers der streitigen Sache, welcher nicht selbst Besitzer ist, betrifft, so geht der Entwurf in § 929 anscheinend davon aus, daß der Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe in erster Linie gegen den Besitzer als solchen sich richtet und daß es eigentlich nur dieser an sich gegen den Besitzer gerichtete Anspruch ist, welcher auch gegen den Inhaber geltend gemacht werden kann. Wenigstens hat nur dann die verschiedene Ausdrucksweise des ersten und zweiten Satzes dieses Paragraphen Sinn und Grund. Allerdings aber heben die Motive hervor, daß der Eigenthumsanspruch auch gegen denjenigen geltend gemacht werden könne, welcher, wie z. B. der Finder, für einen ihm selbst unbekannten Besitzer die Sache innehabe, wie auch gegen denjenigen, welcher für den Eigenthümer selbst die thatsächliche Herrschaft über die Sache als Inhaber ausübe. —

Für die oben unter 3 erörterte Frage der Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen und zur Erstattung des Schadens müssen wir jedoch von der obigen Auffassung ausgehend, den Besitzer als den gewissermaßen prinzipaliter Verpflichteten ansehen. Obgleich auch für den Inhaber eine selbstständige Verpflichtung in dieser Hinsicht nach dem Entwurf eintritt, ist dieselbe doch in § 932 in steter Abhängigkeit von der Verpflichtung des Besitzers gehalten und deshalb auch ganz im Anschluß an die dafür geltenden Vorschriften geregelt. Hierin aber geht der Entwurf, wie ich glaube, in einem (gleich unter c) zu erörternden) Punkte zu weit:

Drei Fälle sind, wenn für den Besitzer der streitigen Sache ein Dritter die Inhabung ausübt, möglich und zu unterscheiden:

a) Besitzer sowohl wie Inhaber sind gutgläubig und haben keine Kenntniß von dem Recht des dritten Eigenthümers;

b) der Besitzer ist bösgläubig in dem Sinn, daß er weiß, er ist zum Besitz nicht berechtigt, während der Inhaber noch gutgläubig ist, d. h. von dem Rechtsmangel und dem bösen Glauben des Besitzers keine Kenntniß hat;

c) der Besitzer ist noch gutgläubig, der Inhaber aber kennt dessen Rechtsmangel und weiß, daß der Besitzer zum Besitz nicht berechtigt ist.

Der Fall a bietet keine Schwierigkeiten, da der Anspruch des

Eigenthümers hier sowohl dem Besitzer wie dem Inhaber gegenüber lediglich soweit geht, als deren guter Glaube ihn zuläßt.

Im Fall zu b haftet der Inhaber hierüber hinaus nicht, wohl aber der Besitzer. Hier wirft sich die Frage auf, in wieweit der Besitzer in diesem Fall für den Inhaber und dessen Handlungen oder Unterlassungen einzustehen hat. Der Entwurf sagt darüber nichts; und so wird man eine solche Ausdehnung auch nicht in die Bestimmungen des § 931 hinein interpretiren dürfen. Denn, wenn hier zunächst der Besitzer zur Herausgabe der, „von ihm" nach Beginn seiner Bösgläubigkeit gezogenen Nutzungen verpflichtet erklärt wird, so sind das in dem Falle, wenn er etwa die Sache verpachtet hat, nicht die natürlichen Früchte, sondern das von ihm selbst für diese bezogene Entgelt. Und auch bezüglich des von ihm zu erstattenden Schadens setzt § 931 voraus, daß derselbe „von ihm" also von dem Besitzer selbst verursacht worden ist. Das Letztere kann in gewissen Fällen auch dann angenommen werden, wenn nicht direkt der Besitzer, sondern der Inhaber den Schaden verursacht hat, die Verhältnisse aber so liegen, daß dafür auch den Besitzer ein Verschulden trifft.

Immerhin wird zu erwägen sein, ob nicht eine weitergehende Haftung des bösgläubigen Besitzers für denjenigen, welcher in seinem Namen die Sache inne hat und welcher vielleicht nur in Folge absichtlichen dolosen Verschweigens Seitens des Besitzers im guten Glauben an dessen Recht erhalten bleibt, geboten erscheint. Man denke z. B. an den Fall, daß der mit Eigenthumsklage belangte Besitzer während der vielleicht recht langen Dauer des Eigenthumsstreites dem Inhaber absichtlich keine Kenntniß von dem Prozeß giebt, während etwa der entfernt wohnende klagende Eigenthümer seinerseits gar nichts davon weiß, daß Besitz und Inhabung bezüglich der streitigen Sache nicht in einer Hand liegen.

Zu c bestimmt der Entwurf § 932[2], daß wenn nur der Inhaber, aber nicht der Besitzer weiß, daß Letzterer zum Besitz nicht berechtigt ist, der Inhaber nach Maßgabe des § 931[1] zum Ersatz des von ihm verursachten Schadens verpflichtet ist, welcher durch Untergang oder Verschlechterung der Sache entstanden ist. Vergleicht man diese Fassung mit der des § 931, so ist ersichtlich, daß die Haftung für die gezogenen (oder zu ziehen gewesenen) Nutzungen mit Vorbedacht ausgelassen ist, daß also deren Herausgabe dem bösgläubigen Inhaber bei gutem Glauben des Be-

sitzers nicht obliegen soll. Setzen wir nun z. B. den Fall: Der gutgläubige Besitzer eines Gutes tritt vor der Ernte eine ihn lange Zeit fern haltende Reise an und überträgt für deren Dauer die Inhabung desselben dergestalt auf einen Dritten, daß dieser die Ernte ziehen und unentgeltlich zu eigenem Nutzen behalten soll. Noch vor der Ernte erfährt der dritte Inhaber, daß und warum sein Auktor nicht Eigenthümer und also auch zu jener Verfügung über Gut und Ernte nicht berechtigt war, während dem entfernten Besitzer hiervon keinerlei Kenntniß zukommt. Der Inhaber aber zieht und verkauft trotzdem die Ernte. In diesem Falle würde weder der gutgläubige Besitzer haften noch auch nach der Fassung des § 932² der Inhaber. Allerdings würde der Eigenthümer, wenn er die Verhältnisse kannte, durch zeitige Klaganstellung gegen den Inhaber in Gemäßheit des § 933 gegen diesen Schaden sich sichern können; aber es ist doch auch an sich unbillig, daß, wenn die Klaganstellung unterbleibt oder verzögert wird, der wissentlich widerrechtlich handelnde Inhaber die Ernte ohne Entgelt ziehen und behalten soll[22]. Auch dies ist eine Abänderung erheischende Folge davon, daß § 930 die allgemeinen Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung für die Gegenansprüche des Eigenthumsbeklagten ausgeschlossen hat. Die Streichung des § 930 würde auch dieses Bedenken beseitigen.

5. Der dem Besitzer und dem Inhaber der fremden Sache gegen den Eigenthümer zustehende Anspruch wegen der von ihnen auf dieselbe gemachten Verwendungen hat in dem Entwurf eine eigenthümliche, im Wesentlichen an das französische Recht sich anlehnende, aber doch in Einzelheiten auch von diesem abweichende, Regelung gefunden. Entgegen dem von andern neuern Gesetzgebungen im Wesentlichen beibehaltenen Gesichtspunkte des römischen Rechts, welches den Verwendungsanspruch des Eigenthumsbeklagten nicht als ein selbstständig klagbares Forderungsrecht, sondern nur als ein durch exceptio doli und Retentionsrecht[23]) geschütztes Vertheidigungsmittel des Eigenthumsbeklagten auffaßt und dabei nach subjektiven Gesichtspunkten auch auf den guten oder bösen Glauben des Letzteren, des Verwendenden, Rücksicht nimmt, geht der Entwurf wie das französische Recht, aus vom Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung und

---

[22]) Vergl. auch Bolze a. a. O. pag. 110 f.

[23]) Auch durch jus tollendi, welches im Entwurf zwar beibehalten, aber beschränkt wird. Vergl. unten.

führt denselben, sich lediglich an objektive Merkmale haltend und den bösgläubigen Besitzer ebenso wie den gutgläubigen beschützend, dahin durch, daß die durch die Verwendung herbeigeführte Bereicherung des Eigenthümers von diesem zu erstatten ist.

Es muß auffallen, daß der Entwurf die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung da, wo sie zu Gunsten des Eigenthümers gereichen würden, durch § 930 außer Kraft setzt, während dieselben hier, wo sie zum Nachtheil des Eigenthümers, dagegen zum Vortheil auch des bösgläubigen Besitzers und Inhabers gereichen, seinen Bestimmungen in voller Schärfe zu Grunde legt. Man sollte meinen, was dem Einen (dem Besitzer, zumal dem bösgläubigen) Recht, das sollte auch für den Andern (den Eigenthümer) billig sein. Hiervon aber abgesehen läßt sich nicht verkennen, daß die in § 936 ff. gegebene Regelung des Verwendungsanspruchs unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung viel für sich hat, und daß insbesondere die Beurtheilung nach rein objektivem Maßstabe eine festere und klarere Gestaltung desselben zur Folge haben muß, als die Berücksichtigung des gutgläubigen und bösgläubigen Besitzes und die Unterscheidung zwischen nothwendigen, nützlichen und nur dem Luxus dienenden Verwendungen. Der Entwurf kennt als Maßstab für die Erstattungspflicht des Eigenthümers lediglich die Bereicherung, welche demselben durch die Verwendung zukommt. Bedingt ist der Anspruch dadurch, daß der Eigenthümer die Sache wiedererlangt (§ 938[1]). Der Zeitpunkt dieser Wiedererlangung ist also regelmäßig maßgebend für die Frage, ob und in welchem Maße durch die Verwendung eine Bereicherung des Eigenthümers herbeigeführt worden ist. Ist die Herausgabe ohne vorherige oder gleichzeitige Anzeige der Ansprüche erfolgt, also namentlich auch wenn der Eigenthümer nicht von dem Verwendenden, sondern auf anderem Wege die Sache wiedererlangt hat, so ist für die Bereicherungsfrage der Zeitpunkt maßgebend, in welchem der Eigenthümer „von den Ansprüchen Kenntniß erlangt hat oder die Ansprüche rechtshängig geworden sind" (§ 938[3]). Da selbstverständlich nur immer ein Zeitmoment maßgebend sein kann, so ist die alternative Fassung des letzten Satzes nicht genau, vielmehr würde korrekter hinter dem „oder" einzuschalten gewesen sein „wenn er nicht vorher die Kenntniß erlangt hat."

Daß der Verwendungsanspruch ein auf eine legale Verbindlichkeit des Eigenthümers gestütztes und klagbares Forderungsrecht wer-

den soll, ist zu billigen; ebenso auch die Art, wie der Entwurf das jus tollendi des Berechtigten regelt. Muß man mit den Motiven (pag. 411) davon ausgehen, daß zu Bestandtheilen der Sache gewordene Gegenstände nur dann als Verwendung aufgefaßt werden können, wenn sie wesentliche Bestandtheile der Sache im Sinne des Entwurfs geworden sind, so ist es richtig, die Wiederlostrennung eines wesentlichen Bestandtheiles nicht in das Belieben des Verwendenden zu stellen, da ja nach § 782 ein von dem Recht an der Sache abgesondertes Recht daran nicht stattfindet. Mit Recht läßt daher § 936 das jus tollendi nur dann eintreten, wenn der Bereicherungsanspruch des Verwendenden gegen den Eigenthümer nicht mindestens den Werth erreicht, welchen der Bestandtheil nach der Trennung der Sache noch haben würde, also nur dann, wenn die Nichtausübung jenes Rechts einen positiven Schaden des Berechtigten herbeiführen würde. Auch die weitere Bestimmung, daß, wer das Recht der Wegnahme ausübt, die herauszugebende Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen hat, ist fast selbstverständlich und dem seitherigen Recht entsprechend.

Im § 937 wird der Uebergang des Verwendungsanspruchs des Vorbesitzers auf den Nachbesitzer, soweit er dessen Rechtsnachfolger geworden ist, anerkannt: „Eingetreten ist die Bereicherung in dem Augenblick der Verwendung.“ Motive pag. 413. Deshalb ist der zunächst Berechtigte auch nur derjenige, welcher die Verwendung selbst bewirkt hat. Es ist daher erwünscht, daß der Uebergang seines Anspruchs auf die als seine Rechtsnachfolger zu betrachtenden Nachbesitzer anerkannt ist.

Der Fall eines Wechsels in der Person des Schuldners, d. h. eines Wechsels in der Person des Eigenthümers zwischen den Zeitpunkten der Verwendung und der Herausgabe der Sache an den Eigenthümer wird in dem Entwurf selbst nicht erwähnt, wohl aber erwähnen ihn die Motive auf Seite 416, 3b und zwar in einer Weise, welche zu Bedenken Anlaß giebt. Man könnte, meinen sie, in einem solchen Falle zweifeln, ob der Verwendungsanspruch sich nicht etwa auf den Erwerber als nunmehrigen Eigenthümer und Verpflichteten übertrage. Sie weisen jedoch eine solche Uebertragung zurück; denn sie „würde mit den Grundsätzen über die publica fides des Grundbuchs nicht harmoniren.“ Da Verwendung und Verwendungsanspruch naturgemäß hauptsächlich bei Grundstücken vorkommen, so kann die Frage ihre Regelung gewiß nicht finden ohne

volle Rücksichtnahme auf die Grundsätze des Grundbuchrechts und seiner publica fides. Andererseits aber kann der Nichtübergang der passiven Seite des Verwendungsanspruchs auf den neuen Eigenthümer praktisch zu sehr bedenklichen Folgerungen führen. Ein fingirter Fall mag dies erläutern:

Ein Ackergrundstück, welches im Grundbuch dem A. zugeschrieben ist, wird in Folge einer Verwechselung oder Unklarheit in der Katasterbezeichnung[24]) von dem B. seit Jahren gutgläubig besessen und von demselben schließlich mit einem Wohnhaus bebaut. A. weiß hiervon nichts. C. nun, welcher durch Zufall den Sachverhalt kennt, kauft dem A., ohne diesem denselben mitzutheilen, das Grundstück für den Preis, welchen dasselbe als Ackergrundstück hatte, ab, erhält auch von demselben die Auflassung und grundbuchmäßige Ueberschreibung. Nun klagt er auf Herausgabe des Grundstücks gegen den B.

Wo bleibt der Verwendungsanspruch des Letztern?

In der Zeit der Verwendung war A. Eigenthümer; allein er ist nicht bereichert, auch hat er das Grundstück nicht selbst wieder erlangt. C. aber ist zwar bereichert; aber da der Verwendungszeitpunkt vor der Zeit seines Eigenthumserwerbs lag und der Verwendungsanspruch nach jenen Ausführungen der Motive auf den neuen Eigenthumserwerber passiv nicht übergehen soll, so ist auch er nicht verpflichtet. Es bliebe also in diesem Fall dem B. nur das Recht der Wegnahme und damit wäre er dem guten Willen des C. ganz in die Hand gegeben; dieser würde durch die Drohung, sonst gar nichts zu zahlen und ihm eben nur die Niederreißung des Hauses zu gestatten, den B. zur Annahme einer minimalen Abfindung zwingen können[25]).

Bei aller Achtung vor der Harmonie mit den Grundsätzen der publica fides des Grundbuchs dürfte eine solche Konsequenz doch wohl Abhülfe erheischen.

Nicht billigen kann ich auch die Bestimmung, daß auf den für die Verwendung zu ersetzenden Betrag „der Reinertrag der gezogenen Nutzungen" bedingungslos in Abzug kommen soll (§ 936[2]).

---

[24]) Daß solche trotz des bestgeordneten Katasterwesens immer noch vorkommen werden, kann man sich nicht verhehlen.

[25]) Auch der Fall einer Collusion des Eigenthümers aus der Zeit der Verwendung mit dem neuen Erwerber kann vorkommen und wird nicht immer nachzuweisen sein.

Dagegen ist der Wegfall der nach dem gemeinen Recht bestehenden Möglichkeit, eine Billigkeitsrücksicht auf den Umstand zu nehmen, daß die Erstattungspflicht den Verpflichteten nach seinen individuellen Verhältnissen besonders hart treffen würde (Motive pag. 413), allerdings nicht wohl zu umgehen, wenn man einmal den objektiven Maßstab der Bereicherung entscheiden lassen will. Nur ist sehr zu hoffen, daß, wie die Motive (l. c.) in Aussicht stellen, bei der Beurtheilung der Frage, inwieweit eine Bereicherung des Eigenthümers vorliege, auf dessen individuelle Gesammtvermögenslage in der Praxis gebührende Rücksicht genommen und so das subjektive Moment wenigstens insoweit nicht ganz außer Acht gelassen werde. „Die Berücksichtigung dieser Vermögenslage kann dazu führen, daß eine objektive, aber nur durch Veräußerung zu realisirende Werthserhöhung nicht als Bereicherung erscheint." (Motive pag. 413.)

In vollem Umfang wird dies allerdings nur dann der Fall sein, „falls die Veräußerung des verbesserten Gegenstandes den Werth eines Ganzen, in welchen derselbe hineingehört, herunterdrücken würde." (Motive l. c.) Aber auch in vielen andern Fällen wird für das Maß der Bereicherung jenes subjektive Moment eine nicht außer Acht zu lassende Korrektur des rein objektiven Maßstabes abgehen.

Daß der Verwendungsanspruch auch durch ein Zurückbehaltungsrecht gesichert ist (§ 938[2]), entspricht dem seitherigen Recht. Dabei erscheint die Vorschrift des § 941, daß der Eigenthümer, wenn er die Sache anzunehmen bereit ist, jedoch die Befriedigung oder Sicherstellung jener Ansprüche nicht anbietet, in Verzug der Annahme kommt, auf den ersten Blick hart, da ja der Annahme-Verzug nach §§ 257 ff. für den Eigenthümer schwer wiegende Folgen haben kann, deren Anwendung zu Gunsten des bösgläubigen Besitzers bedenklich erscheint. Wenn nun auf das Zurückbehaltungsrecht auch die §§ 232—236 Anwendung finden (vergl. § 236) und daher nach § 235 das Zurückbehaltungsrecht demjenigen nicht zu Gute kommt, welcher „zu dem Gegenstande durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung gelangt ist," so wird freilich für den schlimmsten und am wenigsten schutzwürdigen Fall bösgläubigen Besitzes das Bedenken beseitigt, aber auch nur für diesen Fall.

6. Ueber die Abtretbarkeit des Eigenthumsanspruchs schweigt der Entwurf. Dagegen enthalten die Motive Seite 399 ff. eine Ausführung darüber, in welcher sie nicht nur davon ausgehen, daß die

allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts über die Abtretung von Forderungsrechten auch auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs des Eigenthümers Anwendung zu finden haben, soweit sich nicht aus der dinglichen Natur dieses Anspruchs ein Hinderniß ergibt, sondern auch weiter dem Entwurf die Anschauung unterlegen, „daß zwar Abtretung der Vindikation und Uebertragung des Eigenthums wohl zu unterscheiden, aber doch eine dingliche Bindung des Abtretenden anzunehmen" sei. (pag. 400.)

Liegt eine Abtretung des Eigenthumsanspruchs vor, so wird in jedem Fall der Anspruch auf Herausgabe der Sache, der ja den Kern des Eigenthumsanspruchs und nach dem Entwurf dessen alleinigen Inhalt bildet, als abgetreten zu gelten haben.

Ob dagegen die Ansprüche wegen der Nutzungen und wegen Schadensersatzes mit auf den Cessionar übergegangen sein sollen, wird bei dem selbstständigen Charakter, welcher diesen Ansprüchen nach dem Entwurf beiwohnt, Frage der Auslegung im einzelnen Falle sein.

Bei Immobilien wird es auch für die Abtretung des Rechts aus § 843 regelmäßig eines besonderen Ausdrucks bedürfen.

Wenngleich die Abtretung des Eigenthumsanspruchs, wie die Motive hervorheben, auch andern Zwecken, als dem der Eigenthumsübertragung dienen können, und es vielmehr beabsichtigt sein kann, durch sie die Inhabung einer Sache behufs der Ausübung eines sonstigen dinglichen oder obligatorischen Rechts zu verschaffen (Motive pag. 400) so ist doch der regelmäßige Zweck der Abtretung des Eigenthumsanspruchs der, den Uebergang des Eigenthums zu vermitteln und herbeizuführen. In dieser Beziehung wäre es erwünscht gewesen, wenn sich die Motive über die Bedeutung und den Umfang der von ihnen unterstellten „dinglichen Bindung" des Abtretenden etwas näher ausgelassen hätten, da die seitherige Lehre von der Abtretung dinglicher Ansprüche und namentlich des Eigenthumsanspruchs, keineswegs für alle dabei auftauchenden Fragen Klarheit gewährt.

Dieselben sollen auch hier nicht näher erörtert werden. Nur die Frage sei noch ins Auge gefaßt, in welcher Weise die Abtretung des Eigenthumsanspruchs die Uebertragung des Eigenthums selbst herbeizuführen geeignet ist. In dieser Beziehung ist zwischen den unbeweglichen und beweglichen Sachen zu unterscheiden:

a. Bei den unbeweglichen Sachen hat der eingetragene Eigenthümer, um sein Eigenthum zu übertragen, auch dann, wenn

dasselbe in fremden Händen ist, den Umweg einer Abtretung des Eigenthumsanspruchs nicht nöthig, da ihm die Auflassung in diesem Fall einen einfachen und sichern Weg dazu bietet. Wenn dagegen der wirkliche aber nicht eingetragene Eigenthümer sein Eigenthumsrecht auf einen Dritten übertragen will, so ist ihm, eben weil er nicht eingetragener Eigenthümer ist, unmöglich die Auflassung und damit den das Eigenthum übertragenden dinglichen Vertrag zu vollziehen. Er wird also den ihm zustehenden Eigenthumsanspruch auf Herausgabe der Sache und zugleich auch den gegen den eingetragenen Eigenthümer sich richtenden Anspruch aus § 843 des Entwurfs an jenen Dritten abtreten. Dieser klagt alsdann gegen den eingetragenen Eigenthümer auf Herausgabe der Sache und zugleich (nach § 843) auf Ertheilung der Auflassung. Mit letzterer wird der obsiegende Kläger grundbuchmäßiger Eigenthümer des Grundstücks; und würde etwa der verurtheilte Beklagte die Auflassung weigern, so würde § 833 des Entwurfs ihm die Möglichkeit geben, auf Grund des rechtskräftigen Urtheils auch einseitig die Auflassung zu erwirken. In diesen Fällen bedarf es dann, um die durch die Abtretung des Eigenthumsanspruchs bezweckte Vermittelung des Uebergangs des Eigenthums selbst herbeizuführen, nicht erst noch einer weitern Thätigkeit des abtretenden Eigenthümers.

b. Bei beweglichen Sachen kann Derjenige welchem der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe abgetreten ist, die Klage auf diese Herausgabe anstrengen und so den Besitz und die Inhabung der Sache erlangen. Es fragt sich aber, ob, wenn auf diese Weise Besitz und Inhabung auf ihn übergegangen sind, darin eine Vollendung bezw. ein genügender Ersatz des formalen Elements der Tradition mit der Wirkung des Uebergangs des Eigenthums selbst gefunden werden kann. Diese Frage ist aber namentlich in den Fällen wichtig, in welchen dadurch, daß der Inhaber der Sache, wie nach § 804 ihm möglich, der Anweisung, die thatsächliche Gewalt fortan für den Erwerber auszuüben, seinerseits widersprochen und dadurch nach § 804 den Uebergang des Besitzes, zugleich aber auch nach § 874 den von der „Uebergabe der Sache" abhängigen Uebergang des Eigenthums daran gehindert hatte und ebendadurch die Abtretung des Eigenthumsanspruchs veranlaßt war[26].

[26]) Vergl. auch Bähr a. a. O. pag. 499 ff. Mit der von Bähr pag. 500 vorgeschlagenen Formulirung könnte ich mich vollkommen einverstanden erklären.

Ich würde meinerseits im Anschluß an das zu § 874 ff. unter A 3 oben Ausgeführte — und unbeschadet der dortigen Abänderungswünsche — in der zum Zweck der Vermittelung der Eigenthumsübertragung geschehenen Abtretung des Eigenthumsanspruchs, im Zweifel eine fortwirkende Traditionsofferte des seitherigen Eigenthümers an den Erwerber finden und demgemäß annehmen, daß, wenn der abgetretene Anspruch auf Herausgabe der Sache verwirklicht worden ist, es zum Uebergang des Eigenthums selbst auf den klagenden Erwerber nicht noch eines weiteren besondern Akts des seitherigen Eigenthümers bedürfe. Nur in diesem Fall kann die Abtretung des Eigenthumsanspruchs in Wirklichkeit ihren regelmäßigen Zweck, den Uebergang des Eigenthums selbst zu vermitteln und einstweilen zu ersetzen, erfüllen.

Bedenklicher ist die Anwendung des Ausgeführten in dem Falle des § 223, nach dessen neuer und eigenthümlicher Bestimmung auf denjenigen, welcher infolge Entziehung oder Vorenthaltung einer Sache (oder eines Rechts) Schadensersatz für den Verlust der Sache geleistet hat, mit dieser Ersatzleistung die Ansprüche übergehen, „welche dem Entschädigten auf Grund des Eigenthums oder des sonstigen Rechts gegen Dritte zustehen." Wir haben es hier mit dem Fall einer gesetzlichen Abtretung des Eigenthumsanspruchs zu thun[27]).

Da alle dem Entschädigten auf Grund des Eigenthums zustehende Rechte auf den abfindenden Ersatzpflichtigen übergehen sollen, so würde ich hierin für Grundstücke auch eine gesetzliche Abtretung der Rechte aus § 843 erblicken; für bewegliche Sachen aber würde es mir doch bedenklich erscheinen in diesem Fall der gesetzlichen Abtretung[28]) das Vorliegen eines dinglichen Traditionsvertrages künstlich zu konstruiren, wenn nicht dem § 874 eine weniger formalistische Fassung nach meinen oben gemachten Vorschlägen gegeben wird.

Es muß aber gefordert werden, daß auch in solchen Fällen der Eigenthumsübergang nicht durch zu enge Fassung der Vorschriften über Tradition gehindert wird.

Denn an eine andere Eigenthumserwerbsart kann man dabei nicht denken; ohne Eigenthumsübergang aber würde der vollberechtigte Zweck der betreffenden Bestimmung verfehlt werden.

[27]) Vergl. über diese Bestimmung übrigens auch Laband im Civilistischen Archiv Bd. 73 pag. 183 ff.

[28]) Wie auch in andern analogen Fällen, und auch bei Zwangsüberweisung des Eigenthumsanspruchs im Zwangsvollstreckungsverfahren.

7. Die Bestimmungen über die **negatorische Klage** (§§ 943 und 944) bieten zu Bemerkungen wenig Anlaß. Mit Recht hat der Entwurf diese Seite des Eigenthumsanspruchs einheitlich für **bewegliche und unbewegliche Sachen** geregelt. Den Besonderheiten des Grundbuchrechts ist durch § 843 Rücksicht getragen.

Auch daß bei noch **fortdauernder Beeinträchtigung** des Eigenthums der Anspruch auf deren **Wiederaufhebung** gerichtet ist, also nicht auf ein bloßes Geschehenlassen der Beseitigung, sondern auf ein selbstthätiges Beseitigen seitens des Beklagten, ist zu billigen; nicht minder die Zulassung der laudatio auctoris, wenn anders man letztere nicht schon jetzt nach § 37 C. P. O. für zulässig halten will.

Wenn betreffs der für die Vindikation gegebenen Ausnahmevorschriften gegenüber den allgemeinen Grundsätzen über Haftung aus Bereicherung und aus Delikten der Entwurf für den negatorischen Anspruch gleiche Ausnahmebestimmungen ablehnt, so kann ich mich damit von meinem oben unter 3 erörterten Standpunkt aus nur einverstanden erklären.

Daß der Beklagte, welcher ein eigenes Recht auf die streitige Beeinträchtigung des Eigenthums behauptet, dieses Recht beweisen muß, ist durch die Fassung des (nach § 944 auch für den negatorischen Anspruch anwendbaren) § 942 außer Frage gestellt. Dieser § 942 beseitigt wohl mit Recht den für das Gebiet der preußischen Grundbuchsgesetzgebung bestehenden Grundsatz einer nur beschränkten Zulassung von auf obligatorisches Recht gestützten Einwendungen gegenüber der Klage des im Grundbuch eingetragenen Berechtigten.

8. In § 945 hat der Entwurf einen **publizianischen Anspruch** dem Eigenthumsanspruch zur Seite gestellt, indem er bestimmt:

> „Die Vorschriften der §§ 929 bis 944 über die dem Eigenthümer zustehenden Ansprüche finden entsprechende Anwendung zu Gunsten desjenigen, welcher den Besitz einer beweglichen Sache erworben hat, sofern er bei dem Besitzerwerbe den Umstand nicht gekannt hat, durch welchen der Erwerb des Eigenthums verhindert worden ist, und seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat."

Für **unbewegliche** Sachen ist der publizianische Anspruch durch die Bestimmung des § 826 über die für die Richtigkeit der im Grundbuch eingetragenen Berechtigungen sprechende Vermuthung unnöthig gemacht bezw. ausgeschlossen. Denn für den eingetragenen Eigenthümer oder dinglich Berechtigten **bedarf es** angesichts dieser

Rechtsvermuthung nicht noch eines besonderen Schutzes, gegen den eingetragenen Eigenthümer (und sonstigen Berechtigten) aber wird derselbe durch jene Rechtsvermuthung unmöglich gemacht. Für bewegliche Sachen aber ist durch die Bestimmung der § 877 ff. gegenüber dem seitherigen Recht in den meisten Fällen, für welche gemeinrechtlich die publizianische Klage von Bedeutung war, an den zu deren Begründung erforderlichen Thatbestand nunmehr der Erwerb des Eigenthums selbst als Folge geknüpft. Nahe liegt daher der Zweifel, ob trotzdem für den Entwurf noch das Bedürfniß der Schaffung bezw. Beibehaltung eines publizianischen Anspruchs anerkannt werden muß. Die Motive selbst nehmen ein solches Bedürfniß an, namentlich auch deshalb, weil der Erwerb in gutem Glauben Ausnahmen erleide und sich überall nicht auf die allerdings seltenen und ausnahmsweisen Fälle derivativen Eigenthumserwerbs beziehe. (pag. 429 vor 2).

Eigenthümlicher Weise scheinen dies die Motive aber insofern wieder zu vergessen, als sie gerade für die Fälle derivativen Eigenthumserwerbs ohne Tradition, also für die Fälle des § 874 ³ einen publizianischen Anspruch nicht gewähren wollen; denn die Fassung des § 945 geht auf den Thatbestand des Besitzerwerbs zurück und paßt daher nicht auf solche Fälle, in welchen der Besitz schon früher erworben, ehe an Eigenthumserwerb überhaupt gedacht wurde.

Für die Fälle des constitutum possessorium (§ 805) ist allerdings der publizianische Anspruch des Entwurfs von Bedeutung; allein diese Fälle sind so wenig häufig und werden überdies durch die einengende Vorschrift des § 805 von dem Entwurfe selbst so wenig begünstigt, daß sie einer besonderen Berücksichtigung kaum bedürfen.

Für die Fälle des originären Eigenthumserwerbs wird man ein Bedürfniß gleichfalls verneinen müssen; und so könnte die ganze Gestaltung des publicianischen Anspruchs ohne Schaden für die Praxis wegbleiben.

Der Entwurf hält diese Gestaltung deshalb für geboten und nützlich, weil durch die Schaffung einer an den Thatbestand des § 945 geknüpften dinglichen und deshalb absoluten Rechtsposition die praktisch wichtige Folge sich ergebe: „daß im Eigenthumsprozeß über bewegliche Sachen die exceptio ex jure tertii ausgeschlossen werde.

„Hierzu treibt ein dringendes Bedürfniß, da es zu großen Unzuträglichkeiten führen würde, wenn im Eigenthums-

prozeß darüber verhandelt werden könnte, ob vielleicht eine dritte Person der wahre Eigenthümer, und um deswillen der Beweis des klägerischen Rechtes als nicht erbracht anzusehen sei." (Motive pag. 431.)

Die Motive scheinen sich hier einer Selbsttäuschung hinzugeben. Denn durch § 945 wird die Vorschützung eines dem Recht eines Dritten entnommenen Einwandes dann stets nicht ausgeschlossen werden, wenn der Beklagte sich nicht scheut, die Behauptung aufzustellen, Kläger habe darum gewußt. In dieser Beziehung muß man mit der in der alltäglichen Praxis nur zu oft hervortretenden Leichtfertigkeit rechnen, mit welcher die Parteien, auch ohne daß sie für eine derartige Behauptung einen objektiven Beweis haben, und wohl auch ohne daß sie selbst daran glauben, durch die Eideszuschiebung an den Gegner diesen in die oft recht unangenehme Lage bringen, gewissermaßen einen Reinigungseid über seine Nichtbekenntniß der behaupteten Thatsachen leisten zu müssen. Man kann dies bedauern und vom ethischen Standpunkt aus darin einen Mißbrauch der Eideszuschiebung erblicken; damit wird aber an der Thatsache nichts geändert, daß in Wirklichkeit solche frivole Eideszuschiebung viel mehr vorkommt, als gut ist.

Will man aber über die praktische Bedeutung und Nützlichkeit des publizianischen Anspruchs nach § 945 urtheilen, so muß man nicht den Fall nur sich vor Augen halten, daß die den Erfordernissen des Gesetzes entsprechend thatsächlich begründete Klage nicht streitig wird, sondern vor allen Dingen auch den Fall, daß der Kläger es mit einem Gegner zu thun hat, welcher die Klage in jeder möglichen Weise bekämpft. Bringt aber der Beklagte eine Behauptung vor, welche das Eigenthum eines Dritten begründet erscheinen lassen würde, so ist dies zweifellos ein im Sinn des § 945 erheblicher „Umstand", wenigstens dann, wenn zugleich die Kenntniß des Gegners und somit die Unanwendbarkeit des § 877 behauptet und unter Beweis gestellt wird.

Dem publizianischen Anspruch eine andere Gestaltung zu geben, ihn etwa — da er ja doch an die Ersitzungsklage geknüpft sein soll — im Anschluß an § 881 einfach an den Besitz zu knüpfen und den bösgläubigen oder nur fahrlässig gutgläubigen Besitzerwerb als einen vom Gegner zu behauptenden und zu beweisenden Ausnahmefall hinzustellen, kann mit den Motiven nicht für praktisch gehalten werden. Es wird daher nur die Erwägung übrig bleiben, ob man

nicht Angesichts des jetzt nur noch für einzelne Fälle zuzugebenden Bedürfnisses lieber von der Schaffung eines publizianischen Anspruchs ganz absieht, als daß man denselben in einer Weise gestaltet, von der Nutzen nicht zu hoffen ist. Schaden wird der publizianische Anspruch des § 945, wenn er beibehalten wird, allerdings nicht bringen, aber praktische Bedeutung wird man ihm nicht zusprechen dürfen; namentlich gegenüber dem gemeinen Recht wird der publizianische Anspruch des Entwurfs auf eine ganz minimale Rolle beschränkt sein.

Was in dem vorstehenden Aufsatz zu den behandelten Titeln gerügt worden ist, kann durch theils größere, theils kleinere Aenderungen des Entwurfs unschwer verbessert werden.

Nicht allenthalben habe ich Gegenvorschläge formulirt, weil ich oft die Betonung und Begründung meiner Bedenken für genügend und der Stellung des einzelnen Beurtheilers mehr entsprechend hielt.

Mich persönlich haben alle von mir erörterten Bedenken nicht einen Augenblick irre machen können in der Ueberzeugung, daß die Erhebung des Entwurfs zum Gesetz — mutatis mutandis — dringend zu wünschen ist.

Miethe und Pacht.

Buch II, Abschn. II Tit. V.

§§ 503—548.

Von Rechtsanwalt Boyens in Stettin.

I.

Grundzüge des Entwurfs.

Die Grundzüge des Entwurfs, welche gleichmäßig für Miethe und Pacht gelten sollen, sind folgende:

1. Der Entwurf faßt das Mieths- und Pachtverhältniß als ein rein persönliches auf und läßt auch nicht die Umwandlung in ein dingliches Recht durch Eintragung zu. Ebenso verwirft der Entwurf das durch den Abschluß des Vertrages entstehende „Recht zur Sache" des Preußischen Allgemeinen Landrechts.

Dennoch stehen dem Miether und Pächter als Inhaber der Sache possessorische Klagen gegen Dritte und auch gegen den Eigenthümer, der ihn eigenmächtig in seiner Inhabung stört oder ihn derselben eigenmächtig entsetzt (§§ 814 ff.) zu.

2. Die Früchte erwirbt der Pächter, wie der Nießbraucher, mit der Trennung von der Hauptsache und diesen Eigenthumserwerb kann der Vermiether für die Zeit der Miethsdauer nicht durch Widerruf der Gestattung verhindern (§ 901).

3. Dem Miether und Pächter steht als Inhaber ein Anspruch gegen den Eigenthümer wegen nothwendiger Verwendungen auf die Sache zu, wenn der Letztere die Sache zurück erhält, und er kann die Sache zur Sicherung dieses Anspruchs zurückbehalten, jedoch beschränkt sich dieser Anspruch auf die Bereicherung des jeweiligen Eigenthümers, kann also regelmäßig gegen den nach der Verwendung

in Folge einer Veräußerung eintretenden neuen Eigenthümer nicht gerichtet werden. (§§ 936—938). Gegen den Vermiether besteht der Anspruch auch dann, wenn derselbe die Sache nicht zurückerlangt und beschränkt sich nicht auf die Bereicherung. (§ 514).

4. Im Fall einer freiwilligen Veräußerung der Sache ist der neue Erwerber an die vor der Veräußerung geschlossenen Miethsund Pachtverträge nicht gebunden und der Miether resp. Pächter wird auf den Schadensersatzanspruch an seinen Vermiether verwiesen. Bei Grundstücken werden aber (vergl. §§ 509—512) folgende Modifikationen dieses Grundsatzes aufgestellt:

a) Der neue Erwerber muß, wenn er den Miether und Pächter austreiben will, denselben zur Räumung auffordern und dieser ist erst zur Räumung nach Ablauf der gesetzlichen (3- resp. 6 monatlichen) oder einer kürzeren vertragsmäßigen Kündigungsfrist verpflichtet.

b) Erfolgt die Aufforderung zur Räumung, so kann der Miether und Pächter von dem Vertrage sofort für die Zukunft zurücktreten; thut er dies nicht, so haftet ihm der Vermiether wegen der vorzeitigen Lösung auf Schadensersatz.

c) So lange der Miether und Pächter in dem Fall zu a in der thatsächlichen Ausübung seines Rechts verbleibt, besteht das Rechtsverhältniß mit dem Vermiether fort: an diesen hat er den Zins zu zahlen, von diesem die erforderlichen Reparaturen zu fordern, die der dritte Erwerber gestatten muß.

d) Wenn der Vermiether mit dem Erwerber des Grundstücks dessen Eintritt in seine Rechte und Pflichten als Vermiether vereinbart, so vollzieht sich mit dem Erwerb des Eigenthums dieser Eintritt dergestalt, daß auch der Miether und Pächter einen direkten Anspruch gegen den Dritten erwirbt.

5. Wird die vermiethete oder verpachtete Sache durch Vermächtniß einem Dritten zugewendet, so wird in Ermangelung einer gegentheiligen ausdrücklichen Verfügung angenommen, daß der Vermächtnißnehmer mit der Verpflichtung beschwert sei, den Mieths- oder Pachtvertrag an Stelle des Erblassers zu erfüllen (§ 1860).

6. Der Mieths- und Pachtvertrag erfordert nach dem Entwurf keine besondere Form.

7. In Ermangelung einer anderweitigen Vereinbarung kann der Miether und Pächter (wenn derselbe nicht als Pachtzins einen Bruch-

theil der Früchte zu gewähren hat) Untermiether annehmen (§§ 516, 533).

8. Vermiether und Verpächter hat ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten eigenen Sachen des Miethers und Pächters, jedoch nur soweit dieselben der Pfändung unterworfen sind. (§ 521.)

II.

„Kauf bricht Miethe" oder „Kauf bricht nicht Miethe".

Von diesen Vorschriften ist die grundsätzliche Auffassung des Instituts als eines rein persönlichen Vertragsverhältnisses (I. Nr. 1) und namentlich die daraus hergeleitete Folge für den Fall einer Veräußerung (I. Nr. 4) bereits lebhaft diskutirt worden.

Vereine, Zeitungsartikel und sonstige Kritik haben das Für und Wider erörtert, sich aber mit weit überwiegender Mehrheit gegen die Bestimmungen des Entwurfs erklärt, welche im Wesentlichen den Rechtszustand einführen wollen, welchen man mit der Rechtsparömie „Kauf bricht Miethe" zu bezeichnen pflegt.

Namentlich sind in dieser Beziehung die Verhandlungen des XIX. deutschen Juristentages in Stettin zu erwähnen.

Es ist bekannt, daß fast mit Einstimmigkeit und unter dem allgemeinen Beifall fast aller betheiligten Kreise der Juristentag auf Antrag der beiden Referenten, Professor Dr. Brunner und Reichsgerichtsrath Petersen, den Beschluß gefaßt hat:

> „Es empfiehlt sich in das bürgerliche Gesetzbuch für den Fall der freiwilligen Uebereignung einer Sache, die dem Miether oder Pächter bereits vorher überlassen war, den Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miethe" aufzunehmen."
>
> Die Stellung des Miethers und Pächters im Fall der Zwangsversteigerung stand nicht auf der Tagesordnung.

Die dem Juristentag erstatteten Gutachten des Geheimraths Dr. Eck und Professors Fischer sowie des Reichsgerichtsraths a. D. Dr. Meiborn, die Vorträge der Referenten und die Debatten, welche jetzt ebenfalls im Druck erschienen sind (vergl. Verh. des 19. deutschen Juristentages, Band II, S. 3 ff., 228 ff., 312 ff., Band III, S. 36 ff., 301 ff.) haben in einer so umfassenden Weise, das Material zusammengetragen, daß das Prinzip als Solches ausreichend erörtert sein dürfte und ich mich, um Wiederholungen zu vermeiden, darauf beschränken darf, zu erklären, daß ich den prinzi-

piellen Standpunkt des Juristentages theile und in Betreff der Gründe auf jenes Material verweise.

Jedoch gilt dies nur in Betreff der Miethš- und Pachtverträge an Grundstücken und den denselben gleich gestellten Gerechtigkeiten (§ 781 Entw.) nicht von Miethsverträgen an beweglichen Sachen. Miether beweglicher Sachen sind, wie die Motive richtig hervorheben (II. S. 386) thatsächlich gegen nachtheilige Folgen einer freiwilligen Veräußerung oder der Bestellung eines Nießbrauchs- oder eines Faustpfandrechts dadurch geschützt, daß gegen ihren Willen eine Uebertragung dieser Rechte an Dritte nicht möglich ist (vergl. §§ 804, 874, 983, 1147). Da nach § 1865 durch Vermächtniß einer Sache das Eigenthum nicht übergeht, sondern erst durch Uebergabe seitens der Erben, so ist auch für diesen Fall derselbe Schutz gewährleistet (vergl. § 1860 oben I, Nr. 5). Gegen Verletzung seines Miethsrechts durch Pfändung von Gläubigern des Vermiethers ist der Miether einer beweglichen Sache dadurch gesichert, daß eine solche Pfändung wider seinen Willen nur in der Form des § 745, C. P. O. durch Pfändung des dem Vermiether gegen ihn zustehenden Anspruchs auf Herausgabe zulässig ist. Da ihm endlich zu seinem Schutz gegen Dritte und den Vermiether die Besitzklagen zustehen, so erscheint ein weiterer Schutz nicht erforderlich. Auch Professor Brunner erkennt in seinem Referat (a. a. O., Seite 37) an, daß bei beweglichen Sachen die Auffassung des Entwurfs „nicht viel Schaden stifte". Nur dann, wenn aus juristischen Gründen eine einheitliche Konstruktion der Miethe an beweglichen und unbeweglichen Sachen auf rein dinglicher Grundlage erforderlich wäre, würde man auch bei beweglichen Sachen von dem Entwurf abweichen müssen. Die nachfolgende Darlegung (unter III) wird aber ergeben, daß auch bei Grundstücken eine rein dingliche Miethe nicht anzunehmen ist.[1])

Es scheint mir ferner nicht richtig, mit dem Entwurf und dem Juristentag die Stellung des Miethers und Pächters im Fall einer Zwangsversteigerung oder der Veräußerung im Konkurse (§ 17 Nr. 2 K. K. O.) zunächst auszuscheiden. Der Entwurf will die Regelung derselben in ein besonders zu erlassendes Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen verweisen, welches (vgl. Anm. 1 zu § 1067) bestimmen soll, daß die Rechte des

[1]) Auch der Code civile beschränkt bekanntlich den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" auf Grundstücke (vergl. unten III).

Miethers und Pächters, vorbehaltlich einer zu gewährenden Räumungs- und Kündigungsfrist, durch die Zwangsversteigerung zur Aufhebung gelangen. Meines Ermessens gehört aber in das materielle Gesetz, also in das bürgerliche Gesetzbuch selbst, die Feststellung der Rechte des Miethers und Pächters gegenüber den Gläubigern des Vermiethers und Verpächters. Dieselbe ist fast von der gleichen Wichtigkeit, wie die Stellung des Miethers und Pächters zu den Besitznachfolgern seines Mitkontrahenten im Fall der freiwilligen Veräußerung und die ganze Konstruktion seiner Rechte wird von Rücksichten auf dieses Verhältniß mit bedingt (vgl. unten III Nr. 1c.)[2])

Alle bisherigen Erörterungen haben sich im Wesentlichen nur mit dem Prinzip „Kauf bricht Miethe" oder „Kauf bricht nicht Miethe" beschäftigt. Auch der Beschluß des Juristentags stellt nur das Prinzip fest. In seinem Gutachten will Eck den neuen Erwerber verpflichten, den Miether bis zum Ablauf des Kontrakts wohnen zu lassen und dem Vermiether, der den Zins erhält, die Reparaturen zu gestatten, er schließt also von den Bestimmungen des Entwurfs nur das Kündigungsrecht des neuen Erwerbers aus. Fischer und der Referent Professor Brunner wollen dagegen den neuen Erwerber in die Rechte und Pflichten des Vermiethers eintreten lassen. Letzterer erklärt dabei, daß das Miethe- und Pachtverhältniß weder ein rein dingliches, noch ein rein persönliches, sondern zu den „Realobligationen" zu rechnen sei, welche zwar eine Sache zum Gegenstand, aber eine Handlung ihres Eigenthümers zum Inhalt hätten und zu denen auch Hypotheken und Reallasten gehören. Es soll nun im Folgenden (III) versucht werden, unter Vergleichung mit den Theorieen des Preußischen Allgemeinen Landrechts und des code civile, welche auf dem Standpunkt „Kauf bricht nicht Miethe" stehen, darzulegen, wie dieser Grundsatz bei Grundstücken und Gerechtigkeiten im Einzelnen — einschließlich des Falls der Zwangsversteigerung — durchzuführen, wie das Mieths- und Pachtrecht auf Grundlage desselben zu konstruiren und der Entwurf zu ändern und zu ergänzen ist.[3])

[1]) Vergl. auch die Ausführungen des Herrn Senatspräsidenten Dr. Drechsler auf dem Juristentag (Verh. III. S. 67).

[2]) Bei der Debatte des Juristentages (Verh. des 19. Deutschen Juristentages Bd. III. S. 66) hob ich hervor, daß der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" auch im Interesse der Grundbesitzer sei, da sie desto besseren Zins erzielen, je mehr Sicherheit sie dem Miether und Pächter durch den Abschluß des Vertrages

III.

Erörterung der rechtlichen Stellung des Miethers und Pächters von Grundstücken und Gerechtigkeiten zu dritten Personen im Einzelnen.

Die Theorie des Preußischen Allgemeinen Landrechts ist folgende:

Verpflichtet sich der Eigenthümer einer Sache, einem Andern ein Nutzungs- oder Gebrauchsrecht an derselben einzuräumen, so erwirbt der Letztere ein „Recht zur Sache". Dies Recht wird dinglich durch Besitzerwerb und bei Grundstücken auch durch Eintragung. Der Erwerber der Sache muß aber auch das bloße „Recht zur Sache" respektiren, wenn er dasselbe bei Erwerb gekannt hat (vergl. die §§ 2 ff I. 21 Allg. Landrechts).

Besonders für Miethe und Pacht schreibt dann noch § 358 I. 21 A. L. R. vor: „Durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und Pflichten des Miethers und Pächters nichts geändert".

Dagegen steht bei einer Zwangsversteigerung Schulden halber sowohl den Gläubigern wie dem Ersteher ein Kündigungsrecht auch innerhalb der Kontraktzeit zu (§ 350 I. 21 A. L. R.).

Nach §. 396 I. 21 A. L. R. hat der Pächter wegen der ihm gebührenden Vergütungen ein Zurückbehaltungsrecht an dem Pacht-

bieten. Diese Wahrheit wird in den Kreisen der Vermiether immer mehr erkannt. So ist zu erwähnen, daß schon vor dem Votum des Juristentags im August 1888 der „Centralverband der Haus- und städtische Grundbesitzer-Vereine Deutschlands" auf dem Verbandstag in Erfurt einstimmig eine Resolution gegen den Grundsatz „Kauf bricht Miethe" angenommen hat. Die Zustimmung zum Entwurf, welche ein Verein von Vermiethern in Berlin kurz nach dem Erscheinen des Entwurfs aussprach, ist vereinzelt geblieben. In Wahrheit liegt die Sache so, daß der Vermiether in den großen Städten nur im Fall der Wohnungsnoth (also bei großer Nachfrage) Vortheile von der Annahme des Grundsatzes „Kauf bricht Miethe" haben könnte (wie zur Zeit des preußischen Hofrescripts vom 15. April 1765), die aber in Bedrückung der Miether ausarten und keinen Anspruch auf eine wohlwollende Haltung der Gesetzgebung haben. Im Fall des Wohnungsmangels und bei normalem Verhältniß von Nachfrage und Angebot hat auch der Vermiether Schaden und am meisten der schlecht situirte, der wenig persönliche Garantie bietet. Der Grundsatz „Kauf bricht Miethe" läßt es wegen seiner absoluten Geltung nicht zu, seine Wirkung durch Vertrag auszuschließen, während bei Geltung des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" es durchaus frei steht, Verträge mit der Klausel „Kauf bricht Miethe" zu schließen. In dem einen Fall wird also dem Eigenthümer die meistens beste Art der Verwerthung seines Besitzes genommen, in dem andern Fall die Wahl gelassen zwischen beiden Arten.

objekt, und zwar wegen Verwendungen auf dasselbe auch gegen den dritten Erwerber. Der Miether darf ein solches nicht auf die Sache selbst, sondern nur auf den Zins des letzten Termins ausüben (§ 397 I. 21. A. L. R.).

Der Entwurf (III Seite 3) verwirft mit Recht das preußische „Recht und Sache", welches auch in Preußen — soweit es sich um Rechte, die der Eintragung bedürfen, — zu denen Miethe und Pacht aber nicht gehören —, durch die neue Grundbuchgesetzgebung von 1872 beseitigt ist. Dasselbe beruht auf einer mangelhaften Trennung von obligatorischen und dinglichen Verträgen, die nur schädlich und verwirrend wirken kann. Sieht man nun von dem „Recht zur Sache" ab, so ist der im Wesentlichen unstreitige Rechtszustand im Gebiet des Landrechts folgender:

Der neue Erwerber muß nicht blos die Ausübung des Miehts- und Pachtrechts dulden, sondern er tritt von dem Zeitpunkt seines Erwerbes an in alle Rechte und Pflichten des Vermiethers und Verpächters persönlich ein.

Für Ansprüche des Miethers und Pächters auf Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrages aus früherer Zeit, z. B. auf Erstattung von Auslagen, die er für den Veräußerer auf Grund des Vertrages gemacht hat, haftet der neue Erwerber also nicht, auch steht dem Miether und Pächter nicht das Recht zu, wegen solcher Ansprüche dinglich vorzugehen und Vollstreckung in das Grundstück nachzusuchen, es bleibt ihm außer dem persönlichen Anspruch gegen den Veräußerer nur das Zurückbehaltungsrecht in dem erwähnten Umfang.

Vorauszahlungen, vorher erfolgte Abtretungen und Ueberweisungen des Zinses und vorher begründete Aufrechnung desselben mit Gegenforderungen an den Veräußerer muß sich der neue Erwerber nach den Regeln, die bei Cessionen gelten, gefallen lassen.

Der Veräußerer bleibt neben dem neuen Erwerber dem Miether und Pächter haftbar, jedoch nur im Regreßwege, soweit von dem Besitznachfolger Erfüllung nicht zu verlangen ist.

Der Uebergang der Rechte und Pflichten auf den neuen Erwerber bezieht sich aber nur auf die eigentlichen Mieths- und Pachtverbindlichkeiten, nicht auf andere daneben übernommene Verpflichtungen, wie z. B. auf Rückzahlung einer Pachtkaution.

Dernburg (Preußisches Privatrecht neueste Auflage II S. 141) nimmt an, daß im Fall des Weiterverkaufs der erste Käufer bezüglich später fällig werdender Ansprüche seiner Verbindlichkeit entledigt werde.

Alle diese Rechte hat Miether und Pächter nur dann, wenn er den Mieths- und Pachtbesitz erworben hat **oder** wenn sein Recht eingetragen ist. Der Eintragung wird ferner auch noch die weitere Bedeutung einer Kautionshypothek zur Sicherung der Ansprüche des Miethers und Pächters für den Fall der Zwangsversteigerung beigelegt, woraus abgeleitet wird, daß seit Einführung der neuen Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 (vergl. § 24 des materiellen Gesetzes vom 5. Mai 1872) der Höchstbetrag, bis zu welchem das Grundstück wegen dieser Ansprüche haften solle, eingetragen werden müsse. Die Eintragung erfolgt nur auf Grund einer Bewilligung des Eigenthümers.

Dem Miether und Pächter, der den Besitz wider Willen **verliert**, stehen im Uebrigen die Besitzklagen zu. Ob ihm auch ohne Eintragung in diesem Fall eine petitorische Klage gegen Dritte zusteht, ist streitig. Dernburg nimmt an, daß die Fortdauer des dinglichen Rechts von der Fortdauer des einmal erworbenen Besitzes nicht abhängig sei (Preußisches Privatrecht I § 279 Anm. 3), während Eccius annimmt, daß das dingliche Recht von seiner fortdauernden Erkennbarkeit durch Besitz oder Eintragung abhänge. (Preußisches Privatrecht II § 136 Anm. 10). Ferner kann der Miether und Pächter auch gegen dritte **Störer** possessorisch und negatorisch klagen, natürlich präjudiciren die ergehenden Entscheidungen aber den **Eigenthümer** der Sache nicht (§ 10 I. 19 A. L. R.). Umgekehrt müssen Miether und Pächter die über das Eigenthum der Sache und Rechte an derselben gegen ihren Vermiether und Verpächter ergehenden Entscheidungen gegen sich gelten lassen, da diesem „vollständiger", jenem nur „unvollständiger" Besitz zugeschrieben wird §§ 171, 172 I. 7 A. L. R.). Werden Miether und Pächter von dritten Personen petitorisch verklagt, so steht ihnen das Recht der laudatio auctoris zu (§ 165 I. 7 A. L. R.).

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß das Preuß. Allgem. Landrecht für alle Mieths- und Pachtverträge, bei denen der jährliche Zins mehr als 150 Mark beträgt, schriftliche beziehentlich notarielle oder gerichtliche Form erfordert. Ist diese Form nicht beobachtet, so gilt der Vertrag höchstens auf ein Jahr.

Der **code civile** bestimmt für **Grundstücke** in Art. 1743, daß der neue Erwerber den Miether oder Pächter, der eine authentische oder mit bestimmtem Datum versehene Urkunde aufweisen kann, nicht vor Ablauf der Mieths- oder Pachtzeit austreiben darf, wenn dies

Recht nicht in dem Mieths- oder Pachtvertrag vorbehalten ist.[4]) In letzterem Fall (Art. 1748) und wenn ein Vertrag mit den gedachten Erfordernissen nicht vorgelegt werden kann (Art. 1750), ist der Erwerber berechtigt, dem Miether oder Pächter mit den üblichen Fristen (Art. 1736) beziehentlich zum Ende des laufenden Jahres (Art. 1750) zu kündigen. Nach der überwiegenden Ansicht der französischen Jurisprudenz werden diese Vorschriften wie folgt ausgelegt: Miether und Pächter haben kein dingliches Recht, ihnen stehen auch keine Besitzklagen zu. Trotzdem wird der Schutz des Art. 1743 dem Miether und Pächter gewährt, auch bevor er den Mieths- und Pachtbesitz ergriffen hat. Der Erwerber tritt in die Rechte und Verbindlichkeiten des Vermiethers und Verpächters persönlich ein, der Letztere bleibt aber gleichwohl dem Miether und Pächter solidarisch verantwortlich und wenn die Austreibung wegen der fehlenden Formerfordernisse vor Ablauf der Kontraktzeit erfolgt, zur Entschädigung des Miethers und Pächters verpflichtet.[5])

Dazu tritt dann noch das in Elsaß-Lothringen geltende neue Gesetz vom 22. März 1855, welches bestimmt, daß Pacht- und Miethsverträge, welche auf länger als 18 Jahre geschlossen sind, der Eintragung bedürfen, um gegen dritte Erwerber gültig zu sein, ferner daß Vorausbezahlungen oder Cessionen von Mieths- und Pachtzinsen auf mehr als 3 Jahre dem Erwerber gegenüber nur durch Eintragung Geltung erhalten.

Alle diese Vorschriften gelten auch bei der Zwangsversteigerung. Jedoch hat das rheinische Zwangsvollstreckungsgesetz vom 12. April 1888 ein Kündigungsrecht des Erstehers eingeführt.

Fragt es sich nun, ob das bürgerliche Gesetzbuch für Deutschland in Betreff der Regelung des Verhältnisses von Miethern und Pächtern zu dritten Personen die preußische oder die französische Gesetzgebung als Vorbild nehmen oder eigene Bahnen einschlagen soll, so ist zu erwägen:

1. Der Miether und Pächter bedarf, abgesehen von seiner Stellung zum Vermiether und Verpächter des Schutzes nach folgenden Richtungen: gegen Dritte, die ihn im ruhigen Besitze stören

[4]) Für diesen Fall geben in Ermangelung vertragsmäßiger Abrede die Art. 1745—1747 Vorschriften für Berechnung der dem Miether und Pächter gebührenden Entschädigung, wegen deren dieser das Miethsobjekt retiniren darf.

[5]) In diesem Fall hat der Miether und Pächter wegen seines Entschädigungsanspruchs kein Retentionsrecht Art. 1750.

oder ihm denselben entziehen oder bezüglich des Mieths- und Pachtobjekts Rechte beanspruchen, die er bestreitet, gegen die Besitznachfolger des Vermiethers und Verpächters, endlich gegen die Gläubiger desselben. Ist es nun, um diesen Schutz ausreichend zu gewähren, nothwendig, dem Miether und Pächter ein dingliches Recht beizulegen?

a) Zum Schutz gegen dritte Störer ist ein dingliches Recht nicht erforderlich, denn gegen diese reichen die Besitzklagen, die ihm als Inhaber der Sache zustehen, aus. Der Miether und Pächter wird nicht in die Lage kommen, bevor er den Mieths- und Pachtbesitz angetreten hat, seine Rechte gegen Dritte zu vertheidigen. Bereiten Dritte seinem Einzug Schwierigkeiten, so wird er — selbst wenn er gegen die Dritten direkt klagen könnte — es stets vorziehen, von seinem Vermiether und Verpächter die Uebergabe zu fordern. Auch das Preußische Landrecht kennt in diesem Stadium außer dem Fall der Eintragung den dinglichen Schutz noch nicht.

Wird nach der Uebergabe durch Eigenmacht Dritter sein Besitz gestört oder ihm entzogen, so kann er nach § 824 des Entwurfs binnen eines vollen Jahres nach Verübung der eigenmächtigen Handlung die Besitzklage gegen den Dritten anstellen. Ihm nach Ablauf dieser Zeit noch eine Klage aus dinglichem Recht gegen Dritte zu gewähren, hat keinen rechten Sinn. Wahrscheinlich würde eine solche Klage selten oder nie praktisch werden, wie denn auch im Gebiet des Preußischen Landrechts dieselbe selten oder nie vorkommt, obwohl für die Anstellung der Besitzklage hier eine weit kürzere Frist als die eines Jahres gestellt wird. Am meisten wird es sich bei solchen Streitigkeiten um allerlei Gerechtigkeiten handeln, z. B. Trauf-, Wasserleitungs-, Weide-, Wege-, Jagd-, Fischereigerechtigkeiten oder um Grenzstreifen, Grenzraine, Winkel zwischen den Häusern und dergl. Man kann dem Dritten nicht zumuthen, sich mit jedem Miether und Pächter in einen das Recht selbst betreffenden Prozeß über solche Dinge einzulassen, da die ergehenden Entscheidungen immer nur gegenüber dem Miether und Pächter für die Dauer seines Besitzes und nicht gegenüber dem Eigenthümer selbst Geltung haben können. Der Dritte darf nicht (wie dies nach preußischem Recht geschehen kann) in die Lage gebracht werden, sich wegen derselben Rechte bald gegen den Einen, bald gegen den Andern zu vertheidigen.

Der Miether und Pächter wird also, wenn die Besitzklagen nicht ausreichen, von seinem Vermiether und Verpächter die Anstrengung

der Klage aus dem vermeintlichen Recht verlangen müssen. Verweigert der Letztere dieselbe, so steht dem Miether und Pächter gegen ihn ein Anspruch zu, soweit ein solcher sich aus dem Vertrage begründen läßt. Auf der andern Seite wird dann auch der Dritte seinerseits Klagen über Rechte des Grundstücks nur gegen den Eigenthümer desselben anstellen können, dem verklagten Miether und Pächter bleibt das Recht, gemäß § 73 C. P. O. (vergl. § 944 des Entwurfs) seinen Autor zu benennen und die gegen den Eigenthümer ergehenden Entscheidungen über den Umfang und die Rechte des Grundstücks sind auch für ihn verbindlich.

b) Gegenüber dem Besitznachfolger des Vermiethers und Verpächters[6]) läßt sich die Fortdauer der Miethsund Pachtverträge ebenfalls ohne Annahme eines dinglichen Rechts nach dem Vorgang der französischen Jurisprudenz gestalten. Auch das preußische Landrecht faßt nur das eigentliche Gebrauchs- und Nutzungsrecht des Miethers und Pächters als ein dingliches auf und zwar anlehnend an seine Theorie von dem Erwerb dinglicher Rechte durch Verwandlung des Rechts „zur Sache" in ein Recht „auf die Sache". Die weiteren Rechte des Miethers und Pächters auf positive Leistungen des Vermiethers und Verpächters faßt auch das preußische Recht als lediglich persönliche und obligatorische auf. Dies ergiebt sich daraus, daß einerseits der ursprüngliche Vermiether und Verpächter nicht durch Veräußerung des Grundstücks für die Zukunft frei wird, andererseits für Ansprüche aus seiner Besitzzeit nur er persönlich haftet, das Grundstück dagegen hierfür nicht — wie bei dem Rückstande der Reallasten — direkt in Anspruch genommen werden kann, dem Miether und Pächter vielmehr nur ein dinglich qualificirtes Zurückbehaltungsrecht zur Deckung dieser Ansprüche gegeben wird.

Sowohl das preußische wie das französische Recht nehmen aber an, daß mit dem Eigenthum des Grundstücks auf den Besitznachfolger des Vermiethers und Verpächters die Rechte und Verbindlichkeiten des Letzteren dergestalt übergehen, daß er für die letzteren mit und

[6]) Unter Besitznachfolgern werden hier außer den Eigenthumsnachfolgern auch diejenigen verstanden, welche ein dingliches Nutzungsrecht erwerben, mit welchem der Fruchtgenuß verbunden ist, z. B. Nießbraucher. Andere Nutzungsberechtigte z. B. Erwerber von Grundgerechtigkeiten, Erbbaurechten sowie andere eingetragene Miether und Pächter, welche sich nicht in Besitz befinden, müssen die Ausübung der Miethsrechte des im Besitz befindlichen Miethers dulden (vergl. § 512a der Zusammenstellung am Schluß dieses Aufsatzes).

neben dem Vermiether und Verpächter persönlich verpflichtet wird. Dieser Uebergang ist unabhängig von der Annahme eines dinglichen Rechts des Miethers und Pächters. Eine Analogie findet sich in dem Uebergang der Forderungen und Schulden bei der Uebertragung z. B. Schenkung des gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchtheils desselben (vergl. §§ 313, 319 des Entwurfs). Der Entwurf statuirt hier in Uebereinstimmung mit den dort citirten Gesetzen (vergl. Anhang § 19 zu § 646 I. 11. des Preußischen Allgemeinen Landrechts) kraft Gesetzes den Uebergang der zur Zeit der Uebertragung vorhandenen Forderungen und Schulden des Uebertragenden auf den Erwerber, schließt auch — in Betreff der letzteren — jede Privatvereinbarung aus, beschränkt dann freilich die Haftung auf den Betrag des übertragenen Vermögens.

Abgesehen von den gewiß nicht seltenen Fällen, in denen ein Grundstück das ganze „gegenwärtige Vermögen" des Besitzers ausmacht, ist dasselbe jedenfalls innerhalb dieses Vermögens ein geschlossenes wirthschaftliches Ganzes. Wird schon jetzt rechtlich diese Sonderexistenz durch die Aussonderung der Immobiliarmasse im Verhältniß zu Realgläubigern, den besonderen dinglichen Gerichtsstand, die Unterwerfung der Rechtsverhältnisse des Grundstücks unter das Recht der belegenen Sache anerkannt, so sind noch weitere Zugeständnisse nach dieser Richtung hin nöthig. Mit dem Grundstück sind eine Reihe von Beziehungen dauernd verknüpft, ohne welche dasselbe nicht verwerthet und bewirthschaftet werden kann. Außer den Verträgen mit Miethern und Pächtern sind — wie hier nur angedeutet werden soll — auch die Verträge mit dem ländlichen Gesinde und den im Betriebe der Landwirthschaft angestellten ländlichen Arbeitern, welche auf dem Grundstück für ihre Arbeit außer Geld auch Wohnung und Naturalien erhalten, hierher zu rechnen. Alle diese Personen sind mit Recht daran gewöhnt, den Eigenthümer des Grundstücks als solchen, als ihren Mitkontrahenten und ihre Verträge als unabhängig von einem Wechsel des Eigenthümers anzusehen, und es ist ein Rechtssatz, daß mit dem Grundstück selbst auch die mit diesen Personen geschlossenen Verträge übergehen müssen, gerechtfertigt.

Damit werden die den übergehenden Verbindlichkeiten entsprechenden Rechte aber noch nicht zu dinglichen Rechten.

Dingliche Rechte würden sie erst dann, wenn sie nicht blos gegen den Besitznachfolger des ursprünglichen Begründers, sondern auch gegen sonstige dritte Personen direkt verfolgt werden könnten

oder wenn ihnen wenigstens bei Insolvenz ihres Begründers auf gleicher Stufe mit andern Realgläubigern Rechtsschutz zu gewähren wäre. Daß für ersteres kein Bedürfniß vorhanden, ist bereits gezeigt. Es bleibt also noch die Stellung zu den Gläubigern des Eigenthümers zu erörtern und lediglich diese wird für die Beantwortung der Frage entscheidend sein, ob alle diese Rechte dinglich zu gestalten sind.

c) Hätten Miether und Pächter ein dingliches Recht, so müßte ihnen auch das Grundstück zu ihrer Sicherheit haften und nach Abschluß der Verträge auf dasselbe eingetragene Schulden müßten ihnen nachstehen. Diese Konsequenz hat das Preußische Allgemeine Landrecht nicht gezogen, da es eben bei Zwangsversteigerungen eine Ausnahme von seiner Regel statuirt. Ein dingliches Recht, welches andern jüngeren Realgläubigern, ja selbst persönlichen Gläubigern, welche die Zwangsversteigerung des Grundstücks herbeiführen, weichen muß, ist in Wahrheit kein dingliches Recht. In der That wäre ein solches — und insoweit ist der Begründung des Entwurfs beizutreten — unmöglich ohne Eintragung in das Grundbuch, weil es dem im Interesse des Realkredits nothwendigen Grundsatz der Publizität und Spezialität durchaus widersprechen würde, nicht eingetragene dingliche Rechte anzuerkennen, die mit eingetragenen Gläubigern in Konkurrenz treten.[7])

In der Gruchot'schen Zeitschrift Band XXXII Seite 861 meint Rechtsanwalt Kloeppel aus Leipzig freilich, es sei unbedenklich, die nicht eingetragenen Mieths- und Pachtrechte selbst gegenüber älteren und eingetragenen Hypotheken bei der Zwangsversteigerung ruhig bestehen zu lassen, da „die Zinsen der Pfandschulden ihre natürliche Deckung im Mieths- und Pachtvertrage finden, der gesunde Realkredit also selbst an einer vorsorglichen Vermiethung und Verpachtung das größte Interesse habe". Er meint ferner: „Der Grund und Boden sei wirthschaftlich da um genutzt zu werden, daß er verkauft und verpfändet würde, entspreche an sich keinem wirthschaftlichen Bedürfniß, sondern sei nur eine Folge davon, daß er Gegenstand des Privateigenthums geworden sei". Diese Ansichten sind in der That

[7]) Die Motive wollen den guten Glauben des Grundbuchs aber nicht blos zum Schutz der Gläubiger des Vermiethers, sondern auch zum Schutz des neuen Erwerbers beanspruchen, der nicht gezwungen werden dürfe, Miethsrechte anzuerkennen, die er nicht aus dem Grundbuch erkennen könne. Dies Bedenken erledigt sich durch die Einführung der schriftlichen Form (vergl. unten 2a).

nichts als theoretische Spekulation. Jeder Praktiker weiß, wie sehr die Rente eines Grundstücks von der Art seiner Verwaltung abhängig ist. Ein Grundeigenthümer, der nahe vor dem Zusammenbruch steht, verwaltet schlecht und ist namentlich bei Abschlüssen von Miets- und Pachtverträgen meistens durchaus nicht „vorsorglich", weil er eigentlich nur noch für seine Gläubiger verwaltet. Ihm fehlen die Mittel, um dem Haus von Außen und Innen ein für gute Miether empfehlendes Ansehen zu geben. Die Häuser schlecht gestellter Eigenthümer bevölkern sich daher häufig mit Bewohnern, von denen sie nach der Zwangsversteigerung sobald als möglich purifizirt werden müssen, wenn das Haus nicht dauernd entwerthet werden soll. Bei ländlichen Besitzungen setzt der Abschluß eines ungünstigen Pachtvertrages die Rente auf viele Jahre hinaus herunter und, wenn die Person des Pächters unvorsichtig gewählt oder für nicht ausreichende Sicherheiten gesorgt ist, so ist der Schade doppelt groß. Dazu kommt, daß nicht selten im letzten Augenblicke noch Pachtverträge zum Schein oder zur Benachtheiligung der Gläubiger geschlossen werden, dies aber doch in einer für den Anfechtungsprozeß ausreichenden Weise nicht nachweisbar ist. In richtiger Erkenntniß der mit einer Verpachtung für die Gläubiger verbundenen Gefahren verbieten daher fast alle Hypothekenbanken ihren Schuldnern, das verpfändete Landgut ohne ihre Genehmigung zu verpachten. In derselben Erwägung sind auch die neueren Gesetze über Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen in Preußen dabei stehen geblieben, daß bei einer Zwangsversteigerung Miether und Pächter nach Kündigung der Gläubiger oder des Erstehers weichen müssen. Es ist also mit Recht dies auch in dem vorliegenden Entwurf vorausgesetzt. Auf die von Herrn Kloeppel wiederholten Argumente der Kathedersozialisten, die überhaupt auf eine Aufhebung der Zwangsversteigerung hinauslaufen und die Gläubiger auf eine Beschlagnahme der Einkünfte des Grundstücks beschränken möchten, kann bei Berathung eines Gesetzbuchs, welches nicht auf sozialistischer Grundlage ruht, natürlich keine Rücksicht genommen werden.

Dagegen soll gewiß nicht geleugnet werden, daß für manchen Miether und Pächter ein wirklich dinglicher Schutz, der ihn auch vor Gefahren einer Zwangsversteigerung möglichst sicher stellt, wünschenswerth wäre und es muß deshalb das Gesetz einen solchen Schutz allerdings ermöglichen, soweit sich dies ohne Schädigung der Realgläubiger ausführen läßt. Für den Pächter eines größeren

Landguts würde es namentlich von größester Bedeutung sein, wenn er gegen die Gefahr einer Insolvenz seines Verpächters möglichst gesichert wäre. Auch ist nicht unerwähnt zu lassen, daß in hiesiger Praxis Fälle vorgekommen sind, in denen städtische Grundeigenthümer selbst eine Zwangsversteigerung ihrer Grundstücke herbeigeführt haben, um sich lästiger Miether zu entledigen. Als Schutzmittel bietet sich nun der Weg der fakultativen Eintragung der Mieths- und Pachtrechte in das Grundbuch auf Bewilligung des Eigenthümers dar. Dieser Eintragung wäre (etwas abweichend vom § 14 des preußischen Gesetzes vom 26. Mai 1873 für Neu-Vorpommern und Rügen) die Wirkung beizulegen, daß im Fall einer Zwangsversteigerung der Ersteher verpflichtet wäre, die eingetragenen Mieths- und Pachtrechte zu übernehmen, sofern nur die denselben vorstehenden Hypotheken und sonstigen Realrechte durch das Meistgebot gedeckt werden[*]).

Es wäre also nach Analogie des § 60 des preußischen Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 zu verfahren, welches bestimmt:

> „Steht dem Anspruche des (betreibenden) Gläubigers eine dauernde Last nach, welche auf den Ersteher nicht von selbst übergeht, so ist die Uebernahme derselben als Kaufbedingung festzustellen, jedoch nur für den Fall, daß die vorgehenden Interessenten durch ein unter dieser Bedingung abgegebenes Gebot nicht benachtheiligt werden. Ob der Fall der Zulässigkeit dieser Bedingung vorliegt, ist durch besonderes Ausgebot festzustellen."

Also — betreibt die Versteigerung ein nach dem Miether und Pächter eingetragener Gläubiger, so läßt dieselbe jene Rechte unberührt, die Verbindlichkeit aus den Verträgen geht auf den Ersteher

[*]) Es ist oben erwähnt, daß im Gebiet des Preußischen Landrechts der Eintragung der Miethe und Pacht als Schutzmittel des Miethers und Pächters nur die Bedeutung einer Kautionshypothek also eines bloßen Pfandrechts beigelegt wird. Dieselbe Wirkung will Fischer (a. a. O. II., S. 445) für den Fall, daß das eingetragene Mieths- oder Pachtrecht dem Recht des betreibenden Gläubigers nachsteht, beibehalten. Dieser Regelung steht erstens entgegen (daß dann auch (vergl. § 1229 Entw.) der Höchstbetrag, bis zu welchem das Grundstück haften müßte, einzutragen wäre, was meistens unthunlich ist und zweitens, daß die bloße Sicherung einer Schadensforderung dem Zweck nicht entspricht, welcher darin besteht, den Miether und Pächter so weit als möglich vor der thatsächlichen Austreibung zu schützen.

über wie bei der freihändigen Veräußerung. Geht dagegen der betreibende Gläubiger dem eingetragenen Miethsrecht und Pachtrecht vor, so ist das Grundstück doppelt — mit Uebernahme des Miethsrecht und Pachtrechts und ohne Uebernahme desselben — auszubieten. Wird bei dem ersteren Ausgebot ein Meistgebot erzielt, das die vorgehenden Gläubiger deckt, so bleibt die Miethe und Pacht bestehen, andernfalls muß dieselbe weichen.

Nach § 17 Nr. 2 Konkursordnung soll die freiwillige Veräußerung durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung der Miethsrecht und Pachtverträge wie eine Zwangsversteigerung wirken. Da es sich hier um eine Veräußerung auf Betreiben persönlicher Gläubiger handelt, welche dem eingetragenen Miethsrecht und Pachtrecht nachstehen, so muß letzteres durch eine solche Veräußerung ebenso unberührt bleiben, wie durch eine Zwangsversteigerung, welche auf Antrag nicht eingetragener Gläubiger erfolgt.

Zu erwähnen bleibt noch, daß die Eintragung weitere Rechte gegen Dritte nicht verleihen darf, insbesondere nicht das Recht, gegen Dritte petitorisch oder negatorisch zu klagen. Es muß dabei bleiben, daß Dritte sich im Prozesse über Rechte des Grundstücks nicht mit Miethern und Pächtern einzulassen brauchen. Ebenso bleiben dem eingetragenen Miethsrecht und Pachtrecht gegenüber die Rechte eines andern Miethers und Pächters unangetastet, der in Betreff derselben Sache Miethsrecht oder Pachtbesitz ohne Eintragung erlangt hat. (Vergl. oben Anmerkung 6).

d) Das Resultat unserer Erörterung ist also das:

Miethe und Pacht sind der Regel nach nur persönliche und obligatorische Rechtsverhältnisse, die aber — außer dem Fall der auf Antrag von Gläubigern des Grundstückseigenthümers erfolgenden[*]) Zwangsversteigerung — von einem Besitzwechsel des Grundstücks nicht berührt werden, vielmehr auf den Besitznachfolger übergehen. Sie können jedoch durch eine auf Bewilligung des Eigenthümers erfolgende Eintragung dingliche Wirkung mit den zu c angegebenen Modalitäten gewinnen.

Damit wäre denn auch das Eintragungssystem des Entwurfs gerettet und das hauptsächlichste Bedenken der Motive gegen den

[*]) Nur von einer solchen ist hier die Rede. Die Zwangsversteigerung, welche zum Zweck der Theilung oder Auseinandersetzung geschieht, muß — wie im preußischen Recht — einflußlos bleiben.

Satz: „Kauf bricht nicht Miethe", erledigt. Auch wäre bei der hier vorgeschlagenen fakultativen Eintragung eine Ueberfüllung des Grundbuchs nicht zu befürchten.

2. Es ergeben sich nun aber noch einige Einzelfragen:

a) unter welchen formellen Voraussetzungen steht dem Miether und Pächter der gesetzliche Schutz gegenüber dem Besitznachfolger seines Mitkontrahenten zu?

Mit dieser Frage steht in engem Zusammenhang die Frage:

Soll die Formlosigkeit des Mieths- und Pachtvertrages, welche der Entwurf vorschlägt, beibehalten werden?

Wird das Mieths- und Pachtrecht mit Rechtswirkung gegen den Besitznachfolger des Vermiethers und Verpächters ausgestattet, so muß man mit dem preußischen und französischen Recht bis zu einem gewissen Maße Erkennbarkeit desselben fordern.

Soll der Mieths- oder Pachtvertrag eingetragen werden, so ergiebt sich die Form der schriftlichen Errichtung des dinglichen Vertrages (§ 827 Entw.) mit Beglaubigung von selbst. Auch für die Verpflichtung zur Eintragung wird Schriftform zu erfordern sein.

Für nicht eingetragene Mieths- und Pachtverträge ist meines Ermessens Schriftform festzusetzen, wenn dieselben auf länger als ein Jahr Geltung haben sollen und zwar ohne Rücksicht auf die Höhe des Mieths- und Pachtzinses: Denn, wird die Form hauptsächlich mit Rücksicht auf den späteren Erwerber des Grundstückes festgesetzt, so ist zu erwägen, daß die absolute Höhe des Miethszinses keineswegs einen richtigen Gradmesser für die dadurch entstehende Belastung abgiebt: ein Miethsvertrag mit 100 Mark jährlicher Miethe hat für ein Häuschen im Werth von 2000 Mark dieselbe Bedeutung wie ein Miethsvertrag von 1000 Mark für ein Haus im Werth von 20000 Mark. Je niedriger ferner — relativ — der Zins bemessen ist, desto größer ist die Belastung. Sind Räume, deren Miethswerth 300 Mark beträgt, auf 10 Jahre für nur 150 Mark jährlich vermiethet, so ist dies schädlicher, als wenn für 300 Mark jährlich auf dieselbe Zeit vermiethet ist. Es würde also keinen Sinn haben, wie im preußischen Recht, gerade im ersteren Fall den nur mündlich geschlossenen Vertrag gelten zu lassen, im letzteren Fall nicht. Bei dem vielseitigen Inhalt, den ein Miethsvertrag heutzutage hat, z. B. bezüglich der Unterhaltungspflicht, Mitbenutzung von Wasser-, Heizungs-, Gas- oder elektrischen Anlagen, Beleuchtung und Reinigung von Fluren, Treppen und Straßen, Pflicht zur sofortigen

Räumung in besonderen Fällen, ist es unerläßlich, daß der Erwerber Gelegenheit haben muß, bei Erwerb alle diese Dinge in einer Urkunde zu lesen, wenn er länger, als ein Jahr gebunden sein soll. Es wird oft gar nicht möglich sein, darüber vollständige mündliche Mittheilung zu erlangen und außerdem ist die Gefahr einer Kollusion des Miethers mit dem Vermiether vorhanden, dessen er sich in späteren Prozessen als Zeuge bedient.

Ebenso ist zur Vermeidung von Streit auch zur Feststellung unter den Kontrahenten selbst für den Fall längerer Dauer die Schriftform von großem Nutzen. Noch mehr ist alles dies der Fall bei Pachtverträgen von längerer Dauer, die namentlich in Betreff der Bestellung und Kultur, Inventar und Rückgewähr die mannigfaltigsten Vorschriften zu enthalten pflegen und meistens weit schwierigerer Natur, häufig aber ebenso wichtig sind, wie Veräußerungsverträge über Grundstücke, für welche der Entwurf eine Ausnahme von seinem Grundsatz der Formlosigkeit machen will. Dagegen halte ich es nicht für erforderlich nach dem Vorgang des preußischen Rechts für die Verpachtung von größeren Landgütern ausdrücklich notarielle oder gerichtliche Form zu fordern (vergl. § 403 I 21 Allgemeines Landrecht). Gerade die Besitzer größerer Güterbedürfen am wenigsten der Bevormundung und werden, wenn nöthig, selbst zum Notar gehen.

Außer der Form ist für die Geltung der Mieths- und Pachtverträge gegenüber dem neuen Erwerber mit dem preußischen Recht an dem Erforderniß festzuhalten, daß der Miether oder Pächter zur Zeit des Abschlusses des Veräußerungsvertrages sich entweder bereits in Besitz befinden oder die Eintragung im Grundbuch erlangt haben muß.

Die bloße Urkunde genügt nicht, der neue Erwerber muß vor und bei Abschluß des Vertrages erstens auf dem Grundstück selbst den Miether und Pächter sehen oder aus dem Grundbuch sein Dasein erfahren können und zweitens in der Lage sein, den vollen Inhalt seiner Rechte aus einer Urkunde ersehen zu können, soweit es sich nicht um Rechte kurzer Dauer handelt.[10])

[10]) Auf dem Juristentag empfahlen die Referenten (Verh. a. a. O. III. S. 45, 53) für Verträge von längerer Dauer vorzuschreiben, daß das Uebermaß über eine gewisse Zeitgrenze (z. B. Miethsverträge von mehr als 5, Pachtverträge von mehr als 12 Jahren) dem neuen Erwerber gegenüber nur im Fall der Eintragung geltend gemacht werden könne. Ich halte eine solche dem französischen Recht nachgebildete Vorschrift für nicht erforderlich, wenn die hier empfohlene

b) Nach den Ausführungen sub 1 tritt der neue Erwerber persönlich in die Rechte und Pflichten des Vermiethers und Verpächters ein.

Im Einzelnen ist dabei das Verhältniß wie folgt zu ordnen:

Der neue Erwerber tritt in alle Verbindlichkeiten des Vermiethers und Verpächters ein, also es kann sich an ihn der Miether und Pächter auch wegen solcher Ansprüche halten, die aus der Zeit vor seinem Besitzerwerb stammen und er wird auch durch Weiterveräußerung des Grundstücks nicht für die Zukunft frei.

Es ist in diesen Beziehungen der französischen Doktrin vor der preußischen der Vorzug zu geben. Letztere macht das Verhältniß unklar. Klar ist es nur, wenn man daran festhält, daß der neue Erwerber wirklicher Mitschuldner des Veräußerers wird. Dazu kommt, daß sich häufig gar nicht bestimmt sagen läßt, aus welcher Zeit der Anspruch des Miethers und Pächters stammt. Hat er das Recht, Herstellung von Anlagen bei Beginn der Miethzeit zu verlangen, so dauert dieser Anspruch fort, bis die Anlagen hergestellt sind. Fehlten dieselben nun noch zur Zeit des Besitzwechsels: aus welcher Zeit stammt nun der Anspruch? Die Annahme ferner, daß der Erwerber durch Weiterveräußerung für die Zukunft frei werde, hängt meines Ermessens mit einer unzulässigen Gleichstellung mit den Verbindlichkeiten aus einer Reallast zusammen.

Neben der Haftung des neuen Erwerbers bleibt dem Miether und Pächter gegenüber die Haftung des Veräußerers als Mitschuldners in vollem Umfang bestehen, wenn er denselben nicht ausdrücklich aus dieser Verbindlichkeit entläßt.

Die Theorie der preußischen Doktrin und Praxis, daß der Veräußerer nur subsidiär hafte, ist meines Ermessens nicht zu billigen und auch bei diesem Punkt der französischen Praxis zu folgen. Ist z. B. die Solvenz des neuen Erwerbers zweifelhaft und macht er durch Unterlassungen das Grundstück unbewohnbar, so ist kein Grund

---

Schriftform angenommen wird. Verträge über Geschäftsräume werden sehr häufig auf 10 Jahre, Pachtverträge sehr häufig auf 14, 21 Jahr abgeschlossen. Ueber diese Verträge werden stets sorgfältige Urkunden vorhanden sein, aus denen sich der Erwerber genügend unterrichten kann. Dem preußischen Recht ist eine derartige Vorschrift fremd und es ist dieselbe in der Praxis nicht vermißt. Im sozialpolitischen Interesse ist die Bestimmung des § 523 Entw. (Kündbarkeit von Verträgen von mehr als 30 Jahren Dauer) ausreichend.

ersichtlich, weshalb der Miether nicht seinen ursprünglichen Kontrahenten selbst direkt belangen sollte? Soweit der neue Erwerber erfüllt oder zu erfüllen bereit ist, ist natürlich auch kein Anspruch gegen den Vermiether vorhanden. Ebenso ist die Annahme der französischen Praxis gerechtfertigt,

> daß der Vermiether und Verpächter bei Abschluß auf unbestimmte Zeit (vergl. § 522 Abs. 2 Entw.) frei wird, wenn der neue Erwerber nicht — sobald dies zulässig ist — den Miethsvertrag kündigt.

Von Ablauf der Kündigungsfrist an beginnt ein neuer Vertrag zwischen ihm und dem Miether und Pächter.

> Der neue Erwerber tritt in alle Rechte des Vermiethers und Verpächters von dem Zeitpunkt des Eigenthumsübergangs an ein, falls der Veräußerungsvertrag nicht einen andern Zeitpunkt bestimmt. Zahlungen, Abtretungen, Verpfändungen und Pfändungen von Miethe- und Pachtzinsen, sowie Aufrechnung derselben mit Gegenforderungen sind in Ermangelung einer vertragsmäßigen Abrede gegen ihn nur für die Zeit bis zum Schluß des ersten vollen Kalendervierteljahres, welches auf den Eigenthumsübergang folgt, wirksam.

Die hier empfohlene Beschränkung einer Verfügung im Voraus entspricht der Analogie des § 31 des preußischen Gesetzes vom 5. Mai 1872, welchem § 1069 Absatz 2 des Entwurfs nachgebildet ist. Es ist jedoch die Fassung etwas anders und so gewählt, wie meines Ermessens § 1069 Abs. 2 redigirt werden muß.[11]) Miethsund Pachtzinse pflegen nicht selten kontraktmäßig im Voraus entrichtet zu werden, und zwar entweder auf ein Kalendervierteljahr oder auf zwei Kalendervierteljahre (bei halbjährlichen Zinsterminen). Bei der

[11]) Neu ist namentlich die Einschränkung einer Aufrechnung mit Gegenforderungen, die schon vor der Kenntniß von dem Eigenthumsübergang entstanden waren. Aber gerade diese ist erforderlich. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb eine baar geleistete Zahlung ungültig, dagegen eine Aufrechnung gültig sein soll. Hier besteht noch die besondere Gefahr, daß ein Miether oder Pächter, wenn der Vermiether oder Verpächter schlecht situirt ist, Forderungen Dritter gegen den Letzteren billig aufkauft, um damit aufzurechnen, oder daß unter Kollusion mit dem Vermiether Gegenforderungen fingirt werden. Soll der Erwerber in die Verbindlichkeiten des Vermiethers und Verpächters eintreten, so muß auch dafür gesorgt sein, daß er — nach einer kurzen Uebergangsperiode — sicher in den Besitz des Zinses gelangt.

vorgeschlagenen Bestimmung würde eine Zahlung auf ein Kalenderhalbjahr im Voraus sicher geleistet werden können, da der neue Erwerber dieselbe anerkennen muß erstens für das Kalendervierteljahr, in welchem er erwirbt und zweitens für das darauffolgende. Ist auf weitere Zeit im Voraus verfügt, so ist dies nur dann für den neuen Erwerber bindend, wenn eine ausdrückliche Abrede mit dem Veräußerer vorliegt. Im preußischen Recht ist eine ähnliche Bestimmung stets vermißt und die des neueren französischen Rechts (vergl. oben) gewährt für den neuen Erwerber zu wenig Schutz. Es ist angemessen, daß ihm dieser Schutz in derselben Weise wie den Realgläubigern gewährt wird.

Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung des materiellen Umfangs der Rechte und Verbindlichkeiten, in welche der Miether und Pächter eintritt. Unzweifelhaft kann der Eintritt nicht in alle Rechte und Verbindlichkeiten erfolgen, welche zufällig in demselben Vertrage neben den aus dem Miethš- und Pachtverhältniß sich ergebenden vereinbart sind. Es kommt z. B. häufig vor, daß ein Miether oder Pächter sich ein persönliches Verkaufsrecht ausbedingt oder das Recht, für einen bestimmten Preis das Grundstück zu erwerben. Von einem Uebergang der entsprechenden Pflichten auf den neuen Erwerber (ohne besondere Uebernahme) kann keine Rede sein. Dagegen muß meines Ermessens die Verbindlichkeit auf Rückgabe einer laut des Pachtvertrages bestellten Pachtkaution auf den neuen Erwerber übergehen, da man den Pächter nur gegen Rückgabe der Kaution (soweit dieselbe nicht durch Ansprüche des Verpächters aufgezehrt ist) zur Rückgabe des Grundstückes verpflichten kann. Regelmäßig werden bei Veräußerungen von Landgütern auch die Pachtkautionen dem Erwerber von dem Veräußerer ausgehändigt, und wenn das Gesetz vorschreibt, daß Pächter sich wegen der Kaution an den Erwerber halten darf, so wird dies stets geschehen. Dagegen würde es nicht gerechtfertigt sein, die Verbindlichkeit auf Rückgabe einer im schriftlichen Pachtvertrag nicht erwähnten Kaution zu erstrecken, da sonst eine Täuschung des Erwerbers möglich wäre. Daß die Verpflichtung zur Vorhaltung von Wasser-, Heizungs- und Beleuchtungsanlagen als Theile der Verpflichtungen des Vermiethers anzusehen sind, ist schon früher hervorgehoben. Es ergiebt sich dies namentlich daraus, daß die Vergütung dafür in den Verträgen nur selten besonders ausgeworfen wird. Ebenso fallen darunter die beiderseitigen Verpflichtungen zur Herstellung und Unterhaltung von

baulichen Anlagen im Interesse des Miethers und Pächters zur Bestellung während der Pachtzeit und die beiderseitigen Verbindlichkeiten bei der Rückgewähr (vergl. §§ 535, 536, 544 bis 548 des Entwurfs).

Dagegen fällt meines Ermessens nicht unter die Pacht der häufig vorkommende Fall, in welchem der Pächter das Inventar eines Landguts bei Antritt der Pacht baar laut Taxe dem Verpächter bezahlt, gegen die Abrede, daß dieser das bei dem Ende der Pacht vorhandene Inventar gegen Bezahlung des derzeitigen Taxpreises zurückzunehmen habe. In Wahrheit ist in diesem Fall nur das Grundstück ohne Inventar verpachtet, das Inventar dagegen verkauft gegen Abrede eines eventuellen Rückkaufs. Der neue Erwerber erwirbt das Grundstück ohne Inventar, letzteres ist Eigenthum des Pächters.

Es scheint mir nun bei dem Wechsel der Lebensverhältnisse nicht gerathen, im Gesetz alle diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche übergehen sollen, zu definiren. Es dürfte ausreichend sein zu bestimmen, daß übergehen,

> alle Mieths- und Pachtverbindlichkeiten, einschließlich der Verbindlichkeiten, zur Gewährung von Nebenleistungen, welche Vermiether und Verpächter vertragsmäßig für den Mieths- und Pachtzins mit übernommen haben und der aus schriftlichen Pachtverträgen sich ergebenden Verpflichtung zur Rückgabe von Pachtkautionen sowie alle diesen Verbindlichkeiten entsprechenden Rechte.

Daß alles dies auch für den Ersteher gilt, der in der Zwangsversteigerung das Grundstück unter Uebernahme des eingetragenen Mieths- oder Pachtrechts erwirbt, ergiebt sich aus den Erörterungen zu Nr. 1c von selbst. In welcher Weise ist dagegen das Verhältniß des Erstehers, welcher das Mieths- und Pachtrecht nicht übernimmt, zum Miether und Pächter näher zu ordnen? Nach den Intentionen des Entwurfs und den Andeutungen in der Anmerkung zu § 1067 Entwurf scheint derselbe vorauszusetzen, daß die Aufhebung der Mieths- und Pachtrechte in diesem Fall nach Ablauf einer Räumungsfrist, stets erfolgen müsse. Das preußische Recht läßt aber mit Recht dem Ersteher beziehentlich den Gläubigern die Wahl, ob sie den Vertrag mit den Miethern und Pächtern fortsetzen wollen oder nicht. Dieser selbst bleibt gebunden, bis ihm gekündigt wird. Diese Ordnung erscheint im Interesse des Realkredits die ersprießlichste, da bei gesunden Mieths- und Pachtver-

hältnissen auf dem verpfändeten Grundstück die Gläubiger ein Interesse an dem Fortbestande derselben haben. Dabei wird es aber nothwendig sein, den Ersteher zu verpflichten, falls nicht die Gläubiger vor dem Zuschlag schon gekündigt haben, in kurzer Frist sein Wahlrecht auszuüben. Entscheidet er sich für die Fortsetzung, so gilt für ihn dasselbe, wie für den Ersteher, der von vornherein das Miethsund Pachtrecht übernommen hat. Entscheidet er sich für die Aufhebung, so muß Miether und Pächter nach Ablauf einer Kündigungsfrist räumen, bis dahin wird aber der laufende Miethsund Pachtvertrag fortgesetzt (vergl. für das preußische Recht: R. G. Entsch. Bd. 4, S. 285ff. und Bd. 17, S. 284ff., von denen die letztere im Gegensatz zur ersteren ebenfalls Fortsetzung des Vertrages seitens des Erstehers bis zur Räumung des Miethers annimmt), bis dahin tritt also der Ersteher in die Rechte und Verbindlichkeiten des Vermiethers und Verpächters ein, haftet jedoch nicht für rückständige Ansprüche, z. B. für Verwendungen aus der Zeit vor der Versteigerung. Auch kann der Miether und Pächter wegen dieser Forderungen kein Zurückbehaltungsrecht dem Ersteher gegenüber geltend machen, da dasselbe nicht dinglich wirken kann. Ebenso wenig haftet der Ersteher für die Rückgabe der dem Verpächter bestellten Pachtkaution. Danach empfiehlt sich folgende Bestimmung:

> Nach Einleitung der Zwangsversteigerung eines Grundstücks steht den betreibenden Gläubigern das Recht zu, die Miethsund Pachtverträge mit der gesetzlichen Frist für den Fall, daß dieselben nicht auf den Ersteher übergehen, aufzukündigen.
>
> Ist dies nicht geschehen, so hat der Ersteher das Recht, die auf ihn nicht laut des Zuschlagsbescheides übergehenden Miethsund Pachtverträge in den ersten drei Monaten nach dem Zuschlag mit der gesetzlichen Frist aufzukündigen. Unterläßt er diese Kündigung, so tritt er in die Verträge als Vermiether beziehentlich Verpächter in vollem Umfang ein. Im Fall rechtzeitiger Kündigung, kann er dagegen bei Ablauf der Kündigungsfrist die Räumung von den Pächtern und Miethern fordern. Von dem Zuschlag an bis dahin tritt er in die laufenden Rechte und Verbindlichkeiten des Vermiethers ein. Zur Rückgabe von Sicherheiten, welche dem Verpächter bestellt sind, ist er nicht verpflichtet.

Schließlich sei noch der Fall der Theilung des Miethsoder Pachtobjekts (vergl. Dernburg Preußisches Privatrecht I. § 291 Nr. 3)

erwähnt. Verkauft der Vermiether oder Verpächter einen Theil und behält selbst den andern oder verkauft er die ganze Sache in Trennstücken, so hat jeder Erwerber nach dem Grundsatz des § 320 Entw. einen entsprechenden Theil der Miethe oder Pacht zu fordern und Jeder muß die Nutzung seines Theils gestatten. Für untheilbare Ansprüche von der einen oder andern Seite ist ein Gesammtschuldverhältniß (§ 321 a. a. O.) anzunehmen.

In der Zusammenstellung am Schluß sind die vorstehenden Vorschläge in den §§ 508a—512a redigirt.

IV.

Recht der Miether und Pächter auf Ersatz für Verwendungen.

Die Bestimmung § 514 Abs. 1 Entw., daß Vermiether verpflichtet sei, dem Miether für die auf die Sache gemachten nothwendigen Verwendungen seine vollen Auslagen zu ersetzen, erscheint bedenklich.

Nach der allgemeinen Vorschrift des § 936 a. a. O. hat der Inhaber in einem solchen Fall nur Anspruch auf die Bereicherung, wenn der Eigenthümer die Sache zurück erlangt.

Nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (vergl. § 753 a. a. O.) wird Ersatz nur dann geleistet, wenn anzunehmen ist, daß der Geschäftsherr bei eigener Kenntniß der Sachlage die Auslage gebilligt haben würde. Nach diesen Regeln will der Entwurf (§ 514 Abs. 2) die nicht nothwendigen Verwendungen beurtheilt wissen.

Handelt es sich um eine Ausbesserung und Einrichtung, welche dem Vermiether oder Verpächter obliegt, so soll der Miether erst nach fruchtloser Aufforderung des Vermiethers befugt sein, dieselbe zu bewirken und Ersatz zu verlangen (§ 514 Abs. 3, § 519).

Meines Ermessens ist der § 514 Abs. 1 zu streichen und im Uebrigen der § 514 so zu redigiren, daß der jetzige Absatz 3 an die Spitze gestellt wird und dann der jetzige Absatz 2 in entsprechender Aenderung folgt. Der Paragraph 514 würde also lauten:

> Ist der Vermiether mit der ihm obliegenden Vornahme einer Ausbesserung oder Einrichtung im Verzuge, so kann der Miether diese bewirken und den Ersatz der dazu erforderlich gewesenen Kosten von dem Vermiether verlangen.
>
> Im Uebrigen bestimmen sich die Ansprüche des Miethers auf Ersatz von Verwendungen nach den Grundsätzen über

die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Miether hat außerdem, unbeschadet der Vorschrift des § 520, das Recht, die durch eine Verwendung entstandene Einrichtung wegzunehmen.

Durch diese Fassung wird der Miether zunächst darauf hingewiesen, daß für ihn Grundregel sein muß, an dem Miethsgegenstand nichts vorzunehmen, bevor er den Vermiether von der Mangelhaftigkeit in Kenntniß gesetzt und ihn zur Aenderung aufgefordert hat.

Will er trotzdem — ohne eine solche Anzeige — etwas vornehmen, z. B. weil Gefahr im Verzuge ist, so ist es in der Ordnung, daß er dabei doch nicht weiter geht, als der Vermiether selbst bei Kenntniß der Sachlage gegangen sein würde und daß nur soweit — also nach der Regel des § 753 Entw. — ihm das Recht auf Ersatz der gesammten Kosten zugesprochen wird, darüber hinaus Vermiether aber nur dann haftet, wenn und soweit nicht blos die Verwendung nothwendig, sondern er dadurch auch wirklich bereichert ist (§ 936 des Entw.).

Die Bestimmung § 514 Abs. 1 des Entwurfs entzieht dem Eigenthümer zu sehr die Herrschaft über seine Sache. Man stelle sich z. B. den Fall vor, daß ein starker Sturm eine bereits verfallene Scheune auf einem Gut des Daches beraubt hat. Legt der Pächter nun mit großen Kosten ein neues Dach auf, ohne den Verpächter zu fragen, so würde er wohl nach dem Entwurf (§ 514 Abs. 1) Ersatz der gesammten Kosten verlangen können. Dagegen würde nach der hier vorgeschlagenen Fassung des Gesetzes der Verpächter einwenden dürfen: „wenn ich Kenntniß von der Sachlage gehabt hätte, so hätte ich auf das verfallene Gebäude nicht noch ein neues Dach gelegt, sondern es vorgezogen, an Stelle desselben gleich von unten auf ein neues Gebäude zu errichten, auf keinen Fall bin ich um die Kosten des neuen Dachs bereichert, denn der Unterbau hält nicht so lange aus, wie das neue Dach." Der Standpunkt des Preußischen A. L. R. ist im Wesentlichen mit dem Vorschlag übereinstimmend (vergl. §§ 274, 287 I. 21 A. L. R.). Der Fall des § 282 I. 21 A. L. R. wird durch die Vorschrift des § 936 Entw. gedeckt, da der Verpächter um den Betrag der vollen Ausgabe des Pächters bereichert ist, wenn dieselbe „zum gemeinem Besten gemacht werden mußte," also z. B. auf Requisition von Behörden.

V.

Uebertragung der Miethß- und Pachtrechte. Untermiethe und Unterpacht.

§ 516 des Entwurfs gestattet mit dem gemeinen Recht und dem code civile grundsätzlich dem Miether und Pächter „einem Andern den vertragsmäßigen Gebrauch der gemietheten Sache zu überlassen, insbesondere auch durch weiteres Vermiethen und Verpachten." Davon macht § 533 des Entwurfs nach dem Vorbild des code civile und des sächsischen Gesetzbuchs eine Ausnahme für den Fall, daß der Pachtzins in einem Bruchtheil der Früchte des Pachtgegenstandes bestehen soll. In diesem Fall soll die entgegengesetzte Regel gelten.

Nach preußischem Recht „gilt" dagegen „die Ueberlassung der Miethsache an den Miether als Sache des persönlichen Vertrauens" (Dernburg). Es verbietet daher der Regel nach, ohne Einwilligung des Vermiethers, die Aufnahme von Dritten in die Wohnung gegen Entgelt und die Untervermiethung. Dem Pächter gestattet es nur Verpachtung einzelner selbstständiger Gutstheile (Vorwerke). Jedoch giebt, falls Vermiether ohne Grund ihre Einwilligung zur Untervermiethung verweigern, dies dem Miether ein außerordentliches Kündigungsrecht, eine Vorschrift, die auf den Pächter nicht ausgedehnt ist (vergl. §§ 309ff. I 21 A. L. R.)

Andere Gesetzgebungen, wie das österreichische Gesetzbuch, sächsische Gesetzbuch machen bei der Gestaltung von Untermiethe und Unterpacht, allerlei Vorbehalte z. B. „daß der Vertragsgegenstand dadurch nicht mehr leiden würde" (sächs. Gesetzbuch § 1194). Das schweiz. Obligationsrecht verbietet (was in den Motiven übersehen zu sein scheint) im Art. 306 die Unterpacht, während Untermiethe und Vermiethung einiger zum Pachtgegenstand gehörigen Räume nur dann gestattet ist, wenn dadurch nicht eine für den Verpächter nachtheilige Veränderung bewirkt wird.

Die Motive stehen auch hier auf einem ganz doctrinären Standpunkt. Es entspreche die Zulässigkeit „den allgemeinen Grundsätzen," stehe „insbesondere mit den Grundsätzen des Entwurfs über die Zulässigkeit der Uebertragung von Forderungen im Einklang". Selbstverständlich sei, daß nur der vertragsmäßige Gebrauch übertragen werden könne. Indem dies im § 516 noch ausdrücklich her-

vorgehoben, seien Vorbehalte, wie im österreichischen und sächsischen Gesetzbuch, entbehrlich. Das ist die ganze Begründung.

Nachdem wir (oben sub II und III) dem Miether und Pächter eine ganz andere Stellung angewiesen haben, wie im Entwurf geschehen, so kann es kaum einem Bedenken unterliegen, auch hier den Boden des Entwurfs zu verlassen. Je fester Miether und Pächter mit dem Grundstück verknüpft sind, je gesicherter ihre Stellung gegenüber dem Eigenthümer, desto mehr wird dieser bei der Auswahl seiner Miether und Pächter auf ihre Person sehen müssen, und desto weniger entspricht es seinem Willen, daß ihm an Stelle der Personen, die er in sein Haus aufnimmt oder denen er sein Gut überläßt, beliebig andere Personen substituirt werden können. Wenn er nur die schwache Waffe haben soll, daß der „vertragsmäßige" Gebrauch nicht durch die Einschiebung anderer Miether oder Pächter ein anderer werden dürfe, so ist er waffenlos. Denn die Art und Weise des Gebrauchs ist von der Person abhängig. Der Gebrauch kann objektiv vertragsmäßig bleiben und doch in der subjektiven Art der Ausübung außerordentlich verschieden sein. Z. B.: Es sind Räume zu einer Restauration an Jemanden vermiethet, von dem der Hauswirth weiß, daß er es versteht, sich eine solche Kundschaft zu verschaffen, daß der Charakter des Lokals als eines feinen, wohl besuchten Restaurants I. Ranges gewahrt bleibt. Der Miether tritt die Miethe an einen anderen Restaurateur ab, der das nicht versteht, und in kurzer Zeit das Lokal herunter bringt und entwerthet. Oder: Der erste Miether ist ein kinderloses Ehepaar, der Untermiether hat eine Familie mit vielen Kindern und drei erwachsenen Töchtern, die alle Klavier spielen. Oder der Pächter ist ein ordentlicher, tüchtiger und strebsamer Landwirth, der das Gut verbessert, der Unterpächter versteht dagegen nichts und verschlechtert das Gut. Dazu kommt, daß der Eigenthümer meistens erst, wenn der Untermiether und Unterpächter schon längst im Besitz ist, feststellen kann, ob der Gebrauch, den er machen will, auch objektiv ein anderer ist, als der vertragsmäßige, z. B. ob er zum Betrieb eines unehrbaren Gewerbes, wie Kuppelei, schreitet.

Endlich ergiebt sich das Unbillige des Standpunkts des Entwurfs auch daraus, daß derselbe das Pfandrecht des Vermiethers auf die eingebrachten Sachen des Untermiethers nicht erstreckt. Zieht also der Miether des Entwurfs gar nicht selbst ein und läßt anstatt seiner einen Untermiether einziehen, so hat der Vermiether gar keine Sicherheit.

In der Praxis würde der § 516 des Entwurfs die Folge haben, daß es eine stehende Klausel aller Miethss- und Pachtverträge würde, daß jede Untermiethe und Unterpacht ausgeschlossen sei. In der That ist selbst im Gebiet des preußischen Rechts, mit Rücksicht darauf, daß dasselbe die Untermiethe und Unterpacht beschränkt zuläßt, jene Klausel schon sehr häufig. Folgerichtiger und den Verhältnissen entsprechender ist es, auch diese beschränkte Zulassung zu versagen, da es unmöglich ist, in eine gesetzliche Bestimmung alle diejenigen persönlichen Eigenschaften zu bringen, auf die der Eigenthümer bei seinem Miether und Pächter Werth legen kann und muß.

Wird man somit, falls nicht eine entgegenstehende Abrede vorliegt, die Unzulässigkeit der Uebertragung des Gebrauchs der Miethssache und Pachtsache zur Regel machen müssen, so sind doch einige Ausnahmen nicht zu entbehren.

1. Wenn der Miether oder Pächter „durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder den Umständen außer Stand gesetzt wird, von der gemietheten (oder gepachteten) unbeweglichen Sachen ferner Gebrauch zu machen,“ so soll er nach § 376 I 21 des Preußischen Allgemeinen Landrechts berechtigt sein, zu kündigen und gegen Vergütung einer halbjährlichen Miethe (oder Pacht) vor dem Ablauf des Quartals, in welchem die Kündigung erfolgt, von dem Kontrakt abzugehen.

Da der Entwurf weder diesen Rücktrittsgrund, noch überhaupt den landrechtlichen Rücktritt wegen veränderter Umstände kennt, und eine allgemeine Annahme dieser letzteren Theorie nicht zu empfehlen wäre, so muß hier Vorsorge getroffen werden. Der Miether und Pächter des Entwurfs hat in solchen Fällen die Möglichkeit, durch Abtretung seiner Rechte an einen Andern aus seinen Verbindlichkeiten heraus zu kommen. In der That scheint es gerechtfertigt, für diesen Fall die Untermiethe und Unterpacht in bedingter Weise zu gestatten. Kann der Miether und Pächter den Vertrag nicht fortsetzen, so ist eine Lösung des persönlichen Bandes zwischen ihm und dem Eigenthümer doch unvermeidlich. Wollte man weder eine Kündigung noch die Uebertragung an einen Dritten hier zulassen, so würde also für den Rest der Vertragszeit die Wohnung oder das Pachtgut leer und verwaist sein: dadurch würden auch die Interessen des Eigenthümers, selbst wenn er den Zins erhielte, geschädigt sein. Um jedoch den Eigenthümer möglichst zu schützen, ist es gerechtfertigt, ihm das Recht

zu geben, Abtretung der Rechte des Miethers gegen den Untermiether (ebenso bei der Pacht) zu fordern, wodurch er namentlich an den Sachen des Untermiethers ein Pfandrecht erwirbt. Endlich dürfte sich empfehlen, dem Eigenthümer die Wahl offen zu lassen, entweder den von dem Miether und Pächter ihm präsentirten Untermiether resp. Unterpächter anzunehmen, oder in die Aufhebung des Vertrages zu willigen. Somit würde die Bestimmung dahin lauten,

> daß in dem vorgedachten Fall Miether und Pächter das Recht haben, von dem Vermiether und Verpächter die Einwilligung zur Aufnahme von geeigneten Untermiethern und Unterpächtern ohne Aenderung der Art des Gebrauchs gegen Abtretung ihrer Rechte gegen dieselben mit der Maßgabe zu verlangen, daß, wenn diese Einwilligung verweigert wird, sie berechtigt sind, den Vertrag sofort mit der gesetzlichen Frist aufzukündigen.

2. Ist das Mieths- und Pachtrecht cessibel, wie der Entwurf vorschlägt, so kann dasselbe auch von den Gläubigern des Miethers und Pächters gepfändet und nach geschehener Ueberweisung durch Untermiethung und Unterverpachtung ausgenutzt werden (vergl. code civil Art. 2102 Nr. 1). Wird die entgegengesetzte Regel aufgestellt, so würde dies unmöglich und auch die Zulässigkeit der Zwangsverwaltung einer Pachtung — von der bei der Miethe natürlich nicht die Rede sein kann — in Frage gestellt sein. Dadurch kann für die Gläubiger Gefahr entstehen, wenn der Vermiether und Verpächter (vergl. §§ 521, 543 des Entwurfs) sein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethers und Pächters und an den Früchten des Grundstücks ausübt (unten VI). Im Konkurse ist freilich eine Kündigung zulässig (§ 17 Nr. 1 K. K. O.), wobei dem Vermiether und Verpächter nur ein Entschädigungsanspruch wegen vorzeitiger Kündigung und zur Deckung desselben sein Pfandrecht verbleibt (§ 41 Nr. 2 und 4 Konkursordnung). Außerhalb des Konkurses kann der Vermiether und Verpächter dagegen allerdings nach § 710 Civilprozeßordnung den Verkauf der Pfandstücke durch andre Gläubiger nicht hindern, aber an dem Erlös kann er (vergl. § 521 letzter Absatz) das Pfandrecht wegen der Mieths- und Pachtzinsen bis zum Ende des Vertrages ausüben, was bei Verträgen von langer Dauer häufig den ganzen Werth verschlingt. Es sind wohl fast jedem Anwalt aus der Praxis Fälle bekannt, wo alle Schritte gegen insolvente Schuldner mit langjährigen Mieths- oder Pachtverträgen an dem

Pfandrecht des Vermiethers oder Verpächters scheiterten. Der Vermiether holt sich aus dem hinterlegten Erlös an jedem Zinstermine seine Miethe und läßt — mit Leihmöbeln — den alten Miether weiter wohnen oder in dem gemietheten Laden — nunmehr auf den Namen der Ehefrau — das Geschäft fortbetreiben. Eine Eröffnung des Konkurses wird regelmäßig, wenn weitere Masse nicht vorhanden, abgelehnt werden, da nicht abzusehen ist, ob nach Deckung der Entschädigungsansprüche des Vermiethers genug übrig bleibt, um die Kosten zu decken. Eine Anfechtung des Vertrages wird nur in seltenen Fällen möglich sein.

Es dürfen sich daher folgende Vorschläge empfehlen:

a) Sowohl in wie außerhalb des Konkurses (vergl. § 754 C. P. O.) bleibt eine Zwangsverwaltung einer Pachtung im Interesse der Gläubiger des Pächters zulässig, der Verpächter hat aber

wenn er glaubt, daß die Ausübung des Pachtrechts durch die Gläubiger ihn schädigt,

das Recht seinerseits nach Einleitung einer solchen die Pacht mit gesetzlicher Frist aufzukündigen.

b) Wenn außerhalb des Konkurses ein Vermiether auf den Erlös von gepfändeten Sachen des Miethers, Kraft seines gesetzlichen Pfandrechts Anspruch erhebt, so steht jedem Gläubiger, auf dessen Betrieb gepfändet ist, das Recht zu, den Miethsvertrag mit der gesetzlichen Frist dem Vermiether zu kündigen, mit der Wirkung, daß derselbe für den Rest der Miethszeit sich an den Erlös der Pfandstücke nur wegen seiner durch vorzeitige Beendigung des Miethsvertrages entstehenden Entschädigungsansprüche halten kann.

Diese letztere Vorschrift, welche in der Zusammenstellung am Schluß dieser Aufsatzes in § 521 am Ende eingeschoben ist, würde in der Praxis als sehr wohlthätig empfunden werden. Dieselbe ist auch nicht unlogisch. Dem Gläubiger, dem im Interesse des Grundstückseigenthümers ein direkter Eintritt in das Miethsrecht durch Ueberweisung entzogen wird, wird nur eine Waffe gegen Chicanen des Vermiethers und des Schuldners gegeben.

Unnöthig würde diese Bestimmung allerdings dann sein, wenn man nach dem Vorgang anderer Gesetzgebungen (vergl. Motive II. S. 406) das Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters zeitlich

einschränken wollte. Jedoch sind die in den Motiven a. a. O. hiergegen geltend gemachten Gründe überzeugend (vergl. auch R. G. Entsch. Bd. XIII Nr. 60 S. 257).

VI.

Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters.

1. Der Entwurf gestaltet im § 521 das Vorzugsrecht des Vermiethers und Verpächters an den eingebrachten Sachen und Früchten als Pfandrecht. Die dafür geltend gemachten Gründe verdienen Billigung. Ein bloß persönliches Zurückbehaltungsrecht ist durchaus ungenügend und das Reichsrecht giebt in der Konkursordnung schon ein wahres Pfandrecht im Konkurse des Miethers oder Pächters (§ 41 Nr. 2 und 4 Konkursordnung).[12]) Auch ist gegen die Bezeichnung als gesetzliches Pfandrecht nichts einzuwenden. Damit ist nicht gesagt, daß dieses Pfandrecht nie auf eine stillschweigende Vereinbarung zurückzuführen sei, sondern nur, daß dasselbe Kraft Gesetzes auch da bestehe, wo eine solche ausgeschlossen erscheint.

Der Entwurf beschränkt aber das Pfandrecht

a) auf die eigenen Sachen des Miethers und Pächters,

b) auf die Sachen, welche der Pfändung unterliegen, schließt also die sogenannten unpfandbaren Sachen aus.

Diese beiden Beschränkungen gehen zu weit:

Zu a. Nach preußischem Recht (Deklaration vom 21. Juli 1846 zu § 395 I. 21 A. L. R.) unterliegen dem Pfandrecht auch diejenigen fremden Sachen, welche der Miether oder Pächter zu verpfänden befugt ist, also namentlich auch die zum eingebrachten Vermögen seiner Ehefrau gehörigen Sachen und die seiner Kinder.

Der code civile, das österreichische Gesetzbuch und das bayrische Gesetz vom 23. Februar 1879 dehnen das Vorzugsrecht resp. Pfandrecht auch aus auf Sachen dritter Personen, wenn der Vermiether und Verpächter zur Zeit der Einbringung in gutem Glauben war, während der Entwurf nach § 1152 nur dem vertragsmäßigen Faustpfandrecht eine ähnliche Ausdehnung giebt.

---

[12]) Die Konkursordnung spricht hier nur von dem Fall des Konkurses des Miethers und Pächters selbst, nicht von dem Konkurse eines Dritten, dessen Sachen sich in einer fremden Miethswohnung befinden, entscheidet also nicht darüber, in wie fern dem Pfandrecht des Vermiethers auch Sachen Dritter unterliegen. Vergl. Sarwey Komm. zu § 41.

Daß die Sachen derjenigen Personen, welche zur Familie des Miethers und Pächters gehören und mit ihm die häusliche Gemeinschaft und das Obdach theilen, auch dem Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters unterliegen, entspricht einer tief gehenden, im Volke verbreiteten Rechtsüberzeugung und dem natürlichen Billigkeitsgefühl. Dem Eigenthümer fehlt es an jedem Mittel, zu unterscheiden, welchem Familienmitglied die Sachen, deren Einbringung er sieht, gehören. Es hieße geradezu dem Betruge Thor und Thür öffnen, wenn man davon abgehen wollte, daß nicht die Sachen aller Familienmitglieder für den Miethszins haften sollen. In den meisten Fällen gehört das Mobiliar der Ehefrau. Ein vorsichtiger Ehemann würde gleich bei jeder neuen Anschaffung das Angeschaffte seiner Ehefrau oder seinen Kindern schenken oder auf deren Namen kaufen können und das Pfandrecht des Hauswirths würde illusorisch. Nach gemeinem Recht gehört die dos dem Ehemann, nach dem System des Entwurfs hat er daran nur den Nießbrauch. Daher mag nach gemeinem Recht die Beschränkung des Pfandrechts auf Sachen des Ehemannes noch erträglicher sein. Allerdings würde sich der Ausweg bieten, daß man die Ehefrau die Miethsverträge mit abschließen läßt. Aber viele unerfahrene Hauswirthe würden erst „durch Schaden klug werden" und es ist weit natürlicher, daß man das, was nach verständiger wirthschaftlicher Ordnung sein soll und muß, gesetzlich vorschreibt. Ueberdies würde man gegen frühere Uebertragungen an erwachsene Kinder auch so nicht gesichert sein. Mit dem preußischen Recht diejenigen Sachen der Ehefrau und Kinder, über welche der Ehemann nicht verfügen kann, auszuschließen, würde nicht gehen, da hierdurch — zumal der Entwurf nach § 1318 dem Ehemann nicht das Recht giebt, Ehegut zu verpfänden — die Erweiterung bedeutungslos würde.

Es empfiehlt sich also die erforderliche Bestimmung dahin zu fassen,

> daß auch die der Ehefrau und den Kindern des Miethers oder Pächters, welche mit ihm die häusliche Gemeinschaft theilen, gehörigen Sachen dem Pfandrecht des Vermiethers oder Verpächters unterliegen.

Zweifelhafter erscheint eine Ausdehnung des Pfandrechts auf eingebrachte Sachen, welche andern Personen gehören. Der Entwurf weist dieselbe mit dem Bemerken ab, daß kein Bedürfniß zu einer Erweiterung des Grundsatzes: „Hand wahre Hand", der nach seinem System auf gesetzliche Pfandrechte keine Anwendung

finde, vorhanden sei. Der Aufsatz des Rechtsanwalts Cohn in Heft 2 S. 159 dieser Gutachten empfiehlt dagegen die Ausdehnung des Pfandrechts des Vermiethers auf alle Sachen dritter Personen, „welche aus deren Innhabung mit ihrem Willen geschieden sind" und in Betreff deren der Vermiether nicht „bei Eingehung des Miethsvertrages weiß, daß sie nicht Eigenthum des Miethers sind." Cohn weist namentlich darauf hin, daß häufig Miether mit stattlichen Mobiliaren, die sie nur aus einem Möbelleihgeschäft entnommen oder früher zwar besessen, aber mit constitutum possessorium veräußert haben, in die Wohnung einziehen und den Vermiether täuschen. Der von Cohn empfohlene Grundsatz beruht, wie die von ihm angezogene Analogie des § 306 H. G. B. zeigt, auf der Annahme, daß jeder Miether durch die bloße Einbringung fremder Sachen dieselben verpfändet, falls nicht bei Eingehung des Miethsvertrages der Vermiether erfuhr, daß dieselben fremde seien. Es würde danach jeder Miether eine Unterschlagung begehen, der erstens bei seinem ersten Einzug fremde Sachen einbringt, in Betreff deren dem Vermiether nicht schon vorher bei Eingehung des Miethsvertrages bekannt gemacht wurde, daß dieselben fremde seien, zweitens bei jeder späteren Einbringung fremder Sachen, deren Gewahrsam Miether erst nach dem Einzug erlangte, da in Betreff dieser eine Mittheilung an den Vermiether bei Abschluß des Miethsvertrages der Regel nach im Voraus nicht möglich war.

Eine solche Ausdehnung des Pfandrechts würde alles Maß überschreiten und überhaupt kaum einen Verkehr des Miethers ohne fortwährende Begehung von Unterschlagungen möglich machen. Denn es kann sich Niemand derartig von seinen Mitmenschen abschließen, daß er nicht zeitweilig — und dies genügt, vergl. Motive zu § 41 der Konkursordnung — Sachen fremder Personen in seine Gewahrsam nimmt. Die Sachen der Dienstboten, Besucher und Kunden des Miethers, die Depots der Banken, das Speditionsgut der Spediteure, zum vorübergehenden Gebrauch geliehene Sachen, alle wären dem Pfandrecht des Vermiethers verfallen. Cohn meint zwar, daß die Bestimmung des § 521 Abs. 3 Entw. einem Mißbrauch vorbeuge. Dabei wird aber übersehen, daß diese Bestimmung das Pfandrecht selbst nicht beseitigt, was sich namentlich dann als praktisch erweist, wenn der Vermiether eine gerichtliche Beschlagnahme durch Pfändung eintreten läßt. § 521 Abs. 3 begrenzt nur das Recht der Selbsthilfe des Vermiethers, indem es sein Recht, ohne gerichtliche Beschlagnahme der Entfernung der Sachen zu widersprechen beziehentlich

dieselben in Besitz zu nehmen und zu verkaufen, in einer den Lebensverhältnissen entsprechenden Weise beschränkt. Zieht Vermiether es aber vor, zur gerichtlichen Pfändung zu schreiten und sind die Sachen bis zum Eintritt dieser Pfändung nicht entfernt, so kann weder der Miether noch der dritte Eigenthümer, gegen welchen gesetzlich das Pfandrecht wirkt, dieselben der Beschlagnahme entziehen.

Praktisch durchführbar würde eher eine den vorher erwähnten Gesetzgebungen z. B. dem Code civile nachgebildete Bestimmung sein, welches (vergl. Art. 2102 Nr. 5) das Pfandrecht auf alle „meubles, qui garnissent la maison ou la ferme (sc. du locataire)" erstreckt, und dasselbe nur dann ausschließt, wenn der Vermiether vor der Einbringung erfuhr, daß dieselben fremde seien. Aehnlich beschränkt § 294 des schweizer Obl.-Rechts das Retentionsrecht (ein Pfandrecht ist diesem Recht nicht bekannt) auf Sachen, „die sich in den vermietheten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören", wobei „verlorene oder gestohlene" sowie „solche Sachen, von denen der Vermiether wußte oder wissen mußte, daß sie nicht dem Miether gehören", ausgeschlossen sind.

Meines Ermessens ergiebt sich die Lösung der vorliegenden Frage aber am besten im Anschluß an eine von den Vermiethern in Berlin und anderen großen Städten zu ihrem eigenen Schutz eingeführte Praxis. Sie bedienen sich nämlich gedruckter Miethsformulare, laut deren die Miether versichern, daß die Sachen, welche sie bei ihrem Einzug in die Wohnung einbringen, ihr Eigenthum seien. Dadurch werden die Miether gezwungen, bei Abschluß des Miethvertrages anzugeben, ob und mit welchen fremden Sachen sie einziehen. Ist ihre Angabe der Wahrheit zuwider, so sind sie im Fall eines Schadens des Betruges schuldig, weil sie den Vermiether täuschen. Hier dürfte es gerechtfertigt sein, einen Schritt weiter zu gehen. Erklärt der Miether auf ausdrückliches, im Hinblick auf das Pfandrecht an ihn gerichtetes Befragen des Vermiethers: „Die Sachen, die ich einbringe, gehören mir", so kann in seinem Verhalten in der That ein positiver, ausdrücklicher oder stillschweigender Akt der Verpfändung gefunden werden, welcher einem vertragsmäßigen Faustpfandrecht, dessen Wirkungen gegen Dritte § 1152 des Entw. nach dem Grundsatz „Hand wahre Hand" bestimmt, bei der Aehnlichkeit der Verhältnisse, gleich gestellt werden kann, d. h. immer nur so weit es sich um Sachen handelt, die „zur Einrichtung" der Wohnung gehören. War die Antwort falsch, so liegt auf alle Fälle ein Ver-

gehen des Miethers vor: bei Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage: Betrug gegen den gutgläubigen Vermiether, bei der durch vorstehenden Vorschlag geschaffenen Rechtslage: Unterschlagung verübt gegen den dritten Eigenthümer der Sachen. Im ersteren Fall ist also der Vermiether, im letzteren Fall der dritte Eigenthümer der Geschädigte. Richtiger dürfte es nun aber sein, dem dritten Eigenthümer den Schaden zu lassen und den gutgläubigen Vermiether zu schützen. Der dritte Eigenthümer, der seine Sachen dem Miether überläßt, wird bei Hingabe der Sachen prüfen müssen, ob er demselben das persönliche Vertrauen schenken darf. Er wird sich sagen müssen, daß der Besitz dieser Sachen den Miether leicht verleiten kann, seinen Vermiether zu täuschen. Er wird in der Lage sein, durch besondere Maßregeln, z. B. durch Anbringen von Zeichen an den Möbeln (welche häufig bei der Möbelleihe üblich sind), durch direkte Anzeige bei dem Vermiether, durch persönliche Kontrole sein Eigenthum zu schützen und den Vermiether vor Täuschung zu bewahren. Unterläßt er dies und wird durch sein eigenes Verhalten und die Treulosigkeit des Miethers der Vermiether in Irrthum versetzt, so ist es nur gerechtfertigt, daß er — der dritte Eigenthümer — und nicht der gutgläubige Vermiether den Schaden trägt. Alle Gründe, welche für den Grundsatz „Hand wahre Hand" in dem Fall der vertragsmäßigen Bestellung eines Faustpfands sprechen, liegen auch hier vor. Dazu kommt, daß, wenn die hier vorgeschlagene Bestimmung zu einer gewissen Einschränkung des Möbelleihgeschäfts führen sollte, dies auch nicht gerade als ein wirthschaftlicher Schade zu betrachten wäre. Es dürfte somit folgender fernerer Zusatz aufzunehmen sein:

> „Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf eingebrachte Sachen dritter Personen, soweit dieselben zur Einrichtung der gemietheten Wohnung dienen, wenn der Miether vor oder bei der Einbringung dieselben dem Vermiether oder seinem Vertreter gegenüber als die seinigen ausgeben und der Vermiether oder dessen Vertreter das Recht des Letzteren nicht kannte, seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhte. Die Vorschriften des § 877 Satz 2 und der §§ 879, 880 (Ausschluß gestohlener und verlorener oder in anderer Weise aus der Gewahrsam des dritten gekommener Sachen) finden entsprechende Anwendung."

Durch § 532 Entw. würde diese Vorschrift auch bei der Pacht entsprechende Anwendung finden.

Einverstanden kann man sich dagegen endlich damit erklären, daß die Sachen des **Untermiethers** nicht unter das Pfandrecht des Vermiethers gezogen werden. So bedenklich dieser Grundsatz bei der Zulassung einer Untermiethe ohne Genehmigung des Vermiethers sein würde, so unbedenklich ist derselbe bei der grundsätzlichen Nichtzulassung von Untermiethern ohne Genehmigung des Vermiethers (oben ad V). Sache des Vermiethers ist es bei der Ertheilung der Genehmigung Sicherstellung zu fordern, z. B. durch Abtretung der Rechte des Miethers gegen den Untermiether.

Zu b) Der **Ausschluß der Sachen, welche der Pfändung nicht unterworfen sind,** von dem Pfandrecht des Vermiethers wird von dem Entwurf (Motive II, Seite 406) damit begründet, daß derselbe den Gedanken einer stillschweigenden Verpfändung aufgegeben habe und ein **gesetzliches** Pfandrecht an solchen Sachen, deren Abpfändung aus Gründen des öffentlichen Wohls und im öffentlichen Interesse verboten sei, nicht bestehen könne. Der Entwurf beruft sich ferner auf den Vorgang anderer Gesetzgebungen, wie der von Sachsen (Bürgerl. Gesetzbuch § 1228), Anhalt, Oldenburg, Braunschweig, Schweiz (Obligationenrecht § 294).

Nach gemeinem und preußischem Recht, ebenso nach dem code civile hat das Pfandrecht des Vermiethers eine doppelte Wirkung:

das Recht, die Sachen des Miethers **zurückzuhalten,**

den Pfandverkauf im Wege der **Klage** und **gerichtlichen Pfändung** zu betreiben.

Selbst darf der Vermiether nicht verkaufen. Daraus folgt, daß in Betreff des letztgedachten Rechts auch diejenigen Beschränkungen, welche bei andern gerichtlichen Pfändungen bestehen (jetzt § 715 C. P. O.) Platz greifen müssen, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich eine Ausnahme macht, daß dagegen das Zurückbehaltungsrecht auch in Betreff der unpfandbaren Sachen geltend gemacht werden kann (vergl. Reichsgerichts-Entsch. Bd. 18. Nr. 100, Wilmowsky & Levy Kommentar zu § 715 C. P. O. neuste Auflage Anm. 1 und Gorius in den Verhandlungen des 18 deutschen Juristentags Bd. 1 Seite 118 ff., welcher annimmt, daß § 593 des Code de procedure — wonach die meisten Beschränkungen der Pfandbarkeit bei **Miethsforderungen nicht** gelten sollen — durch § 715 C. P. O. für Deutschland aufgehoben sei).

Das Zurückbehaltungsrecht ist für Preußen durch den Anh. § 302 zu § 60 I. 44 A. G. O. dahin eingeschränkt, daß Vermiether Künstlern und Handwerkern ihr Handwerkszeug nicht vorenthalten dürfen, wenn sie andere Mobilien haben, die den Vermiether ausreichend sichern und daß er überhaupt nur soviel, als zu seiner Sicherheit erforderlich, zurückbehalten dürfe (vergl. die cit. Entscheid. des Reichsgerichts). —

Der Entwurf giebt nun im § 1165 (welcher auch für das Pfandrecht des Vermiethers gilt) dem Pfandgläubiger das Recht, das Pfand selbst ohne gerichtliche Hülfe zu verkaufen, um sich zu befriedigen, schließt aber nicht blos das Verkaufsrecht, sondern auch das Zurückbehaltungsrecht, welche beiden Rechte als vorhanden anerkannt und unterschieden werden, bei den unpfandbaren Sachen aus.

Dies ist meines Ermessens nicht gerechtfertigt.

Die Miethsforderung hat Anspruch auf besondere Berücksichtigung und es rechtfertigt sich, diese Forderung anders zu behandeln, wie andere Forderungen. Wohnung und Heerd sind für den Armen neben der Speise das erste Bedürfniß. Unendlich wichtig für ihn ist es, sich dieselben auch auf Kredit verschaffen zu können, da er selten so viel Geld besitzen wird, um die Miethe auf einen Monat, den jetzt in Deutschland für solche Miether in den Städten üblichen Termin, im Voraus zu bezahlen. Hat er nun aber, was gewiß bei dem einfachen Arbeiter und dem kleinen Handwerker sehr häufig ist, keine weiteren Habseligkeiten, als solche, die gesetzlich der Pfändung entzogen sind, so ist er außer Stande, dem Hauswirth auch nur die geringste Sicherheit zu bieten. Die Folge würde sein, daß eine große Menge solcher Leute, die „von der Hand in den Mund leben," überhaupt keine Wohnung auf monatliche Miethe finden würden, da alle Hauswirthe die Vorausbezahlung der Monatsmiethe fordern und dazu diese Leute nicht im Stande sein würden. Dadurch würden die bedenklichsten Zustände entstehen. Zunächst würde der Miethstermin auf eine Woche oder gar einen Tag (wie in London und den englischen Fabrikstädten) verkürzt werden, um die Vorausbezahlung zu erleichtern. Dadurch würde den Hauswirthen eine große Mehrarbeit bei Kontrolirung der Miether und Einziehung der Miethszinsen aufgebürdet. Die armen Miether würden alle Seßhaftigkeit verlieren. Die Exmissionsprozesse würden in erschreckender Weise zunehmen. Viele arme Leute, die auch für den kürzeren Miethstermin nicht voraus bezahlen könnten, müßten von den Gemeinden untergebracht

werden und die Armenhäuser bevölkern. Dadurch würde sich die Unzufriedenheit vermehren und die sozialistische Gährung wachsen. Bei diesen Verhältnissen würde der Antrieb zum Bauen und Vermiethen von Arbeiterwohnungen abnehmen und durch die dadurch eintretende Verminderung des Angebots würden alle diese Uebelstände sich immer noch verschlimmern. Läßt man dagegen die unpfandbaren Sachen dem Vermiether verpfändet bleiben, so wird derselbe dieses Pfandrecht regelmäßig als ausreichende Sicherheit für einen monatlichen Miethstermin ansehen. Die bisherige Praxis lehrt, daß es zur wirklichen Ausübung des Pfandrechts an diesen Sachen dann sehr selten kommt, da der arme Miether seine ganze Kraft daran setzt, einen Verlust dieser seiner letzten Habe vorzubeugen. Die eigentliche Wirkung dieses Pfandrechts ist also eine präventive. Die Furcht vor seiner Ausübung wirkt wie früher die Furcht vor der Schuldhaft. Wenn man nun ferner bedenkt, wie viel träge und schlechte Elemente sich unter den armen Miethern befinden, die nicht selten, wenn sie auch noch mit reichlicherem Hausgeräth eingezogen sind, hinter dem Rücken des Hauswirths ohne eigentliche Noth ein Stück nach dem andern verkaufen oder in's Leihhaus wandern lassen oder bei Seite schaffen, bis sie endlich auf die unpfandbaren und unentbehrlichen Gegenstände reduzirt sind, so ergiebt sich, daß auch der Hauswirth den Schutz eines Pfandrechts an diesen letzten Sachen nicht entbehren kann. Eine andere Frage ist es aber, ob es gerathen ist, über den jetzigen Rechtszustand hinaus zu gehen. War bei der jetzigen Rechtslage ein Verkauf der unpfandbaren Objekte ausgeschlossen, weil derselbe im Wege der Pfändung erfolgen müßte, so könnte es gerechtfertigt erscheinen, den von dem Entwurf eingeführten Selbstverkauf in derselben Weise einzuschränken, daneben aber das Recht des Vermiethers, auch die unpfändbaren Sachen zurückzubehalten, bestehen zu lassen.[13]) Das Recht des Verkaufs würde er dann erst gewinnen, wenn der Miether sich andre Sachen, die den Nothbedarf decken, angeschafft hätte. Bis dahin würde derselbe die Möglichkeit besitzen, die Sachen einzulösen. Beschränkung würde das Zurückbehaltungsrecht dann nur

[13]) Eccius: Preußisches Privatrecht I. § 113 Nr. 2 a. E. erkennt an, daß der Vermiether die zurückbehaltenen nach § 715 C. P. O. unpfandbaren Sachen auch zur Pfändung darbieten könne, dies scheint mir nicht richtig. Der Schuldner verliert mit dem Gewahrsam nicht das Widerspruchsrecht.

in den Bestimmungen des zweiten Absatzes des § 521 Entwurf finden, wonach namentlich die nothdürftigsten Kleider nicht zurückbehalten werden könnten.

Meines Ermessens dürfte sich hier jedoch mehr ein Mittelweg empfehlen. Ist es gerechtfertigt, dem armen Miether die Möglichkeit zu gewähren, seine von dem Hauswirth zurückbehaltene unpfandbare Habe wieder einzulösen, so entspricht es doch dem Interesse beider Theile, wenn dieses Recht zeitlich begrenzt wird. Behält der Hauswirth die Sachen und ist der Miether außer Stande, dieselben einzulösen, so sind sie für den Miether verloren, für den Hauswirth aber nur eine Last, wenn er sie nicht verwerthen darf. Dazu kommt, daß bei dem Verkauf möglicherweise noch ein Ueberschuß für den Miether herauskommen kann. Es dürfte sich daher empfehlen, eine dreimonatliche Einlösungsfrist festzusetzen und demgemäß den Satz im ersten Absatz des § 521:

> „das Pfandrecht besteht nicht in Ansehung derjenigen Sachen, welche der Pfändung nicht unterworfen sind"

zu streichen und statt dessen am Schluß des **zweiten** Absatzes des § 521 zu setzen:

> „In Ansehung derjenigen Sachen, welche der Pfändung nicht unterworfen sind, steht dem Vermiether das Verkaufsrecht (§ 1165 Entwurf) erst nach Ablauf einer Frist von drei Monaten, seitdem er dieselben in seine Inhabung genommen, zu."

2. Zu den übrigen Bestimmungen des § 521 des Entwurfs noch folgende Bemerkungen:

a) Absatz 3 ist nach den Motiven „zur Klarstellung des Gesetzes" eingeschoben, obwohl sich sowohl die Verfolgbarkeit gegen den Miether wie gegen Dritte nach den allgemeinen Grundsätzen über die Verfolgbarkeit des an beweglichen Sachen begründeten Pfandrechts von selbst ergiebt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb hier denn nur die Verfolgbarkeit gegen den Miether, nicht gegen Dritte erwähnt wird. Dies macht das Gesetz gerade unklar, da man daraus schließen könnte, daß gegen Dritte die Verfolgbarkeit nicht bestehen sollte. Es dürfte sich also empfehlen, **entweder** Absatz 3 zu streichen, **oder** am Schluß hinzuzufügen:

> Im Uebrigen finden die allgemeinen Vorschriften über gesetzliche Pfandrechte an beweglichen Sachen (vergl. Tit. 3 Abschn. 9 Buch III) entsprechende Anwendung.

b) Es wurde oben zu 1b die Vorschrift des Preußischen Rechts im Anhang § 302 zu § 60 I 44 Allgemeine Gerichtsordnung erwähnt, deren Beobachtung früher interimistisch durch die Polizei (Reskript vom 8. Februar 1839) jetzt meistens durch einstweilige gerichtliche Verfügung regulirt wird. In der That hat sich die Vorschrift in der Praxis als wohlthuend bewährt, namentlich um Chikanen des Vermiethers vorzubeugen. Absatz 4 § 521 des Entwurfs giebt nun freilich dem Miether das Recht, jede einzelne Sache durch Sicherheitsleistung in Höhe des Werthes einzulösen. Aber wenn der Miether kein Geld hat, hilft ihm dies Recht wenig.

Es dürfte daher auszusprechen sein:

> daß der Vermiether sein Recht nur so weit ausüben dürfe, als zur Deckung seiner Forderung nöthig, und daß er sich zunächst an die entbehrlicheren Sachen halten müsse.

Diese Bestimmung würde am passendsten sich an den zweiten Absatz anschließen und der vierte Absatz könnte dann unverändert bleiben. Danach würde der ganze Paragraph die Gestalt bekommen, in welcher derselbe am Schluß dieses Aufsatzes redigirt ist.

VII.

Fälle außerordentlicher Beendigung des Mieths- und Pachtvertrages.

1. § 528 des Entwurfs enthält die Fälle, unter denen der Vermiether zum Rücktritt ohne Kündigung befugt ist.

Unter diese Gründe ist der Fall des „nothwendigen Hauptbaues" (§ 363 ff. I. 21 Allgemeines Landrecht) nicht aufgenommen. Die Motive (II. S. 48) meinen, daß kein ausreichender Grund vorhanden sei, dem Miether das Recht auf Wiedereinräumung nach beendetem Bau abzuschneiden. Diese Anschauung dürfte aber doch den Lebensverhältnissen nicht entsprechen. Wird neu gebaut, so ist der Neubau in der großen Mehrzahl der Fälle ein ganz anderer als der alte. Man denke namentlich an die Paläste, die in den großen Städten an Stelle unscheinbarer Häuschen früherer Jahrhunderte entstehen. Es kann der Neubau also nicht als das wieder in das Leben gerufene alte Haus angesehen werden. Wäre der Vermiether verpflichtet, die alten Miether wieder aufzunehmen, so müßte er seinen Bau danach einrichten und darin wäre in der That eine ganz unwirthschaftliche Beschränkung zu erblicken. Das Beispiel der Motive (bloße Ausbesserung eines Ladens, der durch Feuer beschädigt war) fällt gar

nicht unter den Begriff des Hauptbaues. Ein Hauptbau ist vorhanden, sobald es sich nicht mehr um bloße Ausbesserung des alten Gebäudes, sondern um Aufführung eines im Wesentlichen neuen Gebäudes handelt, welches an Stelle des alten oder eines Theiles desselben tritt. Man denke namentlich an den Fall, wenn die Polizei wegen Baufälligkeit eines Hauses oder eines Theiles davon den Abbruch anordnet. Verschieden von diesem Fall ist der gänzliche Untergang des alten Gebäudes (z. B. durch Feuer), auf welchem die §§ 368, 369 Entwurf (Unmöglichkeit der Leistung) anzuwenden wären. Wird ein solcher Hauptbau nothwendig, so geht aber in Wahrheit (wenn auch nicht dem Buchstaben nach) der Miethsgegenstand auch ganz oder zum Theil unter und es liegt materiell ein Fall der Unmöglichkeit der Leistung für die Zukunft auf Seiten des Vermiethers vor. Denn es kann der Sache nach keinen Unterschied machen, ob das Haus einfällt oder kurz vor dem drohenden Einsturz abgerissen wird. Unter analoger Anwendung der Grundsätze der §§ 368, 369 des Entwurfs würde somit Miether bei zufällig eingetretener Nothwendigkeit des Baues keinen Anspruch gegen den Vermiether haben (§ 368 Absatz 1). Dagegen würde ihm, wenn der Eintritt dieser Nothwendigkeit von dem Vermiether verschuldet ist, ein Anspruch auf Schadensersatz zustehen, aber nicht der Anspruch auf Wiedereinräumung des Miethsbesitzes nach vollendetem Neubau und somit auch nicht das Recht, die Ausführung eines solchen Hauptbaues im Interesse seines Miethsrechts zu fordern oder gar — unter Anwendung des § 514 — denselben selbst vorzunehmen und von dem Vermiether Ersatz zu fordern.

Auf diesem Standpunkt steht im Wesentlichen das Preußische Landrecht (vergl. § 363 a. a. O.). Dasselbe will aber, wenn der Schade schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden war, nur dann dem Miether einen Anspruch auf Schadensersatz gewähren, wenn ihm dieser Zustand ohne sein Verschulden nicht verborgen bleiben konnte. Nach den Grundsätzen des Entwurfs (vergl. § 506 Entwurf) sind aber Mängel, welche zur Zeit der Schließung des Vertrages vorhanden waren, dem Vermiether stets zuzurechnen und dabei muß es auch in diesem Fall bleiben. Es dürfte somit dem § 528 hinzuzufügen sein:

3) Wenn ein Hauptbau nothwendig wird, welcher zu einem wesentlichen Theil sich auf die vermietheten Räume erstrecken würde. Dem Miether steht in diesem Fall ein Anspruch auf

Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen den Vermiether zu, wenn der Grund, welcher den Hauptbau nothwendig macht, schon zur Zeit der Schließung des Vertrages vorhanden war oder später durch einen von ihm zu vertretenden Umstand eingetreten ist.

Für den Miether ergiebt sich aus § 529 für diesen Fall ebenfalls das Recht des Rücktritts vom Vertrage.

2. § 529 des Entwurfs behandelt die Fälle, in denen der Miether zum Rücktritt ohne Kündigung befugt ist. Derselbe bedarf aber

a) in den Sätzen 2 und 3 des ersten Absatzes einer deutlicheren Fassung,

b) eines Zusatzes, welcher klar ergiebt, daß in den Fällen des § 361 Entw. (Fixgeschäft) der sofortige Rücktritt ohne Abwarten einer Abhülfe gestattet ist, daß ferner in dem Fall der durch Zufall eingetretenen gänzlichen oder theilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung die dem Miether nach den allgemeinen Vorschriften des § 368 Abs. 1 zustehenden Rechte bestehen bleiben, der Miether also namentlich bei theilweiser Unmöglichkeit auch befugt ist, den Miethzins zu mindern anstatt zurückzutreten (vergl. Motive II. S. 421 zu § 530) und in dem Fall des § 369 Schadensersatz zu fordern.

Zu a. Die Sätze:

„Das Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Abhülfe ohne Verzögerung bewirkt wird. Erfolgt jedoch die Abhülfe nicht sofort und rechtfertigt ein besonderes Interesse des Miethers den sofortigen Rücktritt, so ist der letztere zulässig"

sind selbst einem Juristen schwer verständlich. Scheint es doch, als ob der zweite Satz den ersten Satz aufhebt, da hier zum Rücktritt außer der mangelnden Abhülfe noch ein besonderes Interesse verlangt wird, wovon Satz 1 nichts sagt. Die Motive ergeben folgende Lösung: „ohne Verzögerung" ist nicht dasselbe wie „sofort", sondern bedeutet „ohne Verzug" im Sinne des § 246 Entw., der nur eintritt nach Mahnung und ein Verschulden voraussetzt. Beide Fälle (Absatz 1 Satz 2 und Satz 3) setzen eine vorhergehende Mahnung voraus und unterscheiden sich dadurch, daß im ersteren Fall der Rücktritt erst bei schuldhaften Verzug in Gewährung der Abhülfe, im letzteren Fall auch ohne diesen, wenn ein besonderes Interesse an sofortigem Rück-

tritt nachgewiesen wird und die Abhülfe nicht objektiv sofort eintritt. Davon verschieden ist

Zu b. der Fall des § 361, welcher nach Abs. 3 Motive II S. 420 neben diesen Fällen „selbstverständlich" bestehen bleibt, während im Abs. 1 daselbst dieser Fall mit dem des § 529 Abs. 1 Satz 3 geradezu vermengt wird. Es bedarf also der ausdrücklichen Hervorhebung, daß 361 Entw., welcher für den Rücktritt keine Mahnung erfordert, auch auf den Miethsvertrag anwendbar bleibt.

Da ferner die §§ 518, 529 Entw. die allgemeinen Vorschriften der §§ 368, 369 mehrfach abändern, ist es der Deutlichkeit halber nöthig, hervorzuheben, was davon noch in Geltung bleiben soll. Daraus ergiebt sich die Fassung des § 529 am Schluß dieses Aufsatzes.

VIII.

Sonstiges.

In dem Vorstehenden (Nr. I—VII) sind die wichtigsten Punkte, in Betreff deren Aenderungen erforderlich scheinen, berührt. Von dem übrigen Inhalt ist hervorzuheben:

1. Der Entwurf hält die sogenannten aedilicischen Rechtsmittel auf Miethe und Pacht nicht für anwendbar, woraus namentlich das Verschwinden einer kurzen Verjährung der Ansprüche wegen Mängel folgt.

2. Der Entwurf giebt dem Miether außer dem Recht auf Minderung einen Anspruch auf Schadensersatz ohne Rücksicht auf Verschulden bei dem Mangel zugesicherter Eigenschaften und bei mangelnder Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch, falls diese Mängel schon zur Zeit der Schließung des Vertrages vorhanden waren.

3. Der Entwurf stellt bei Abschluß von Verträgen auf eine Dauer von mehr als 30 Jahren beiden Theilen nach Ablauf von 30 Jahren Kündigung frei. Eine Ausnahme soll nur gelten, wenn der Vertrag auf die Lebenszeit des Vermiethers oder des Miethers abgeschlossen wird (§ 523).

4. Der Entwurf beseitigt das Recht des Pächters, in gewissen Fällen Remission des Pachtzinses zu fordern.

5. Der Entwurf unterscheidet zwischen der Verpachtung des Inventars eines Grundstücks (§ 535) und der Uebernahme des Inventars und der Vorräthe nach einer Taxe bei einem landwirthschaftlichen Grundstück (§§ 544 u. 547).

6. Der Entwurf läßt nur den Tod des **Miethers**, nicht den Tod des Pächters als Grund außerordentlicher Kündigung zu.

7. Der Entwurf regelt die Rückgewähr bei Pachtungen nach einigen allgemeinen Gesichtspunkten, ohne sich in Einzelheiten zu verlieren.

In allen diesen Beziehungen kann den Grundsätzen des Entwurfs nur zugestimmt werden. Gegenüber dem Preußischen Landrecht enthalten dieselben einen **wesentlichen** Fortschritt, gesunde Berücksichtigung volkswirthschaftlicher Grundsätze und Beseitigung von einer großen Menge überflüssigem Wust.

Zum § 523 (oben 3) wäre nur zu erinnern, daß der Deutlichkeit halber hinzuzusetzen sein dürfte, daß eine das Kündigungsrecht ausschließende Vereinbarung unwirksam sei, da die Bestimmung juris publici ist. Außerdem findet sich schließlich noch Folgendes zu bemerken:

a) Der Entwurf enthält keine **ausdrückliche** Vorschrift darüber, wie Miether und Pächter während der Dauer des Vertrages bei Gebrauch und Nutzung zu verfahren haben. Nur § 541 des Entwurfs giebt für den Pächter eine einzelne spezielle Vorschrift. Die Motive (zu den §§ 519 und 541) halten derartige Vorschriften für überflüssig, weil sie nur Selbstverständliches enthalten würden und der die allgemeinen Grundsätze über den Inhalt der Verträge enthaltende § 359 des Entwurf bereits eine ausreichende Direktive gebe, endlich auch gerade eine gesetzliche Formulirung Zweifel über den Umfang der Verpflichtungen des Pächters hervorrufen könne. Demgegenüber ist aber doch geltend zu machen: Wenn das Gesetz als Pflichten des Miethers und Pächters nur die der Zahlung des Zinses und der Rückgewähr nach beendigter Vertragszeit hinstellt und außerdem dem Vermiether und Verpächter das Recht vorzeitiger Kündigung wegen Mißbrauchs giebt, so gewinnt es den Anschein, als ob der Eigenthümer unter keinen Umständen das Recht habe, gegen einen Miether oder Pächter wegen Mißbrauchs während der Mieths- und Pachtzeit einzuschreiten, also ihm **nur** das Mittel der vorzeitigen Kündigung gegenüber einem solchen Verhalten zustehen solle. Dieser Schluß würde um so mehr gerechtfertigt sein, da bei dem Nießbrauch in den §§ 991 und 1004 besondere Bestimmungen getroffen sind, welche dem Eigenthümer ein solches Einschreiten gestatten und somit das Fehlen derselben bei der Miethe und Pacht zu der Auslegung drängen würde, daß **hier** ein derartiges

Recht ausgeschlossen sein solle. Soll dies nicht der Sinn des Gesetzes sein, so empfiehlt es sich also, die Pflicht des ordnungsmäßigen Gebrauchs und das Recht des Vermiethers und Verpächters, gegen Mißbrauch alsbald einzuschreiten, ausdrücklich auszusprechen. Denn in Wahrheit würde es ein erheblicher Mangel sein, wenn dem Eigenthümer die Möglichkeit fehlen würde, auch bei Fortdauer des Verhältnisses einem vertragswidrigen Treiben des Miethers oder Pächters Schranken zu setzen (vergl. Dernburg Preuß. Privat-Recht neueste Auflage II. § 169 Nr. 2 am Ende). Demgemäß dürfte vor § 520 des Entwurfs ein neuer Paragraph folgenden Wortlauts einzuschalten sein:

> § 519a. Der Miether ist verpflichtet, die vermiethete Sache mit der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters zu behandeln und der Vermiether ist berechtigt, gegen den Miether schon während der Dauer der Miethszeit wegen Vernachlässigung dieser Pflicht Ansprüche auf Herstellung oder Schadensersatz zu erheben, auch, wenn durch das Verhalten des Miethers die Besorgniß einer solchen Vernachlässigung für die Zukunft begründet wird, Sicherheitsleistung zu verlangen.

Für die Pachtverträge im Allgemeinen dürfte diese Vorschrift ebenfalls ausreichend sein und also genügen, daß dieselbe durch § 532 auch hier für anwendbar erklärt wird.

Dagegen wird in Ansehung der Pacht für landwirthschaftliche Grundstücke, der §. 541 wie folgt zu erweitern sein:

> Der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstückes ist verpflichtet, das Grundstück während der ganzen Pachtzeit bis zur Rückgewähr nach landwirthschaftlichen Regeln ordnungsmäßig zu bewirthschaften. Er darf u. s. w. wie in dem Entwurf."

Am Schluß wäre hinzuzusetzen:

> Bei Vernachlässigung dieser Pflichten und der Vorschriften des § 540 findet der § 519a entsprechende Anwendung.

Wenn die Motive (II. S. 431 zu § 541 Entw.) meinen, daß der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks dasselbe auch unbenutzt liegen lassen könne, wenn nur diese Unterlassung keine Verschlechterung des Grundstückes nach sich zu ziehen drohe, so wird dabei übersehen, daß Unterlassung wirthschaftlicher Benutzung jedes Landgut verschlechtert. Läßt ein Pächter ein Landgut auch nur ein Jahr unbestellt, so ist eine Kulturarbeit mehrerer Jahre nöthig, um den Schaden wieder auszugleichen.

b) Nach dem Entwurf liegen sogenannte Hauptreparaturen, welche nicht unter § 540 fallen, dem Verpächter ob. Das Preuß. Landrecht bestimmt im § 447 I. 21 A. L. R., daß auch bei solchen der Pächter die Verwendung der auf dem Gut selbst erzeugten Materialen (Holz, Kalk, Sand, Thon zur Bereitung von Steinen) gestatten muß.

Diese Vorschrift dürfte als sehr sachentsprechend anzusehen sein und zu einer nicht unwesentlichen Entlastung des Verpächters — ohne große Belastung des Pächters — beitragen. Es dürfte daher dem § 540 hinzuzufügen sein, als zweiter Absatz:

> Er muß ferner dem Verpächter gestatten, zu den Ausbesserungen und Bauten, welche diesem obliegen, Materialien, welche das Grundstuck selbst erzeugt, zu benutzen, soweit dies ohne Schädigung des Wirthschaftsbetriebes geschehen kann.

IX.

Schluß.

Das Resultat unserer Untersuchung ist dahin zusammen zu fassen, daß der Mieths- und Pachtvertrag in wesentlichen Beziehungen auf anderer Grundlage aufzubauen ist, als in dem Entwurf geschehen, daß aber eine Aenderung des Eintragungssystem des Entwurfs als einer Grundlage seines Sachenrechts im Interesse des Mieths- und Pachtsvertrages nicht nothwendig ist, daß ferner in vielen Beziehungen — namentlich in Betreff der Pacht — die Vorschriften des Entwurfs Anerkennung verdienen. Der Uebersicht halber folgt am Ende dieses Abschnitts eine Zusammenstellung der im Vorstehenden empfohlenen Aenderungen und Ergänzungen des Entwurfs.

Bevor wir abschließen, ist aber noch ein nicht unwichtiger Punkt: die zeitliche Anwendbarkeit des neuen Gesetzes zu erwähnen. Nach den bekannt gewordenen Bestimmungen des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch soll ein Miethsoder Pachtvertrag, welcher vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs geschlossen ist, in Ansehung seiner Wirkung gegenüber einer nach dem Inkrafttreten erfolgten Veräußerung von Grundstücken nach den bisherigen Gesetzen beurtheilt werden. Werden die hier vertretenen, von dem Entwurf abweichenden Grundsätze in Betreff dieser Wirkungen (unten §§ 508a—512a) angenommen, so würde der Grundsatz „Kauf bricht Miethe“ also auf die vor dem

Inkrafttreten des Gesetzes in den Gebieten, wo derselbe jetzt gilt, geschlossenen Verträge anwendbar bleiben. Dies scheint mir sehr bedenklich, da die Art der Veräußerung, welche das neue Gesetz einführt, nämlich die Auflassung, eine wesentliche Verschlechterung der Stellung des Miethers und Pächters bedingt. So lange das Eigenthum nur überging durch Tradition, konnte im Gebiete des gemeinen Rechts der Miether und Pächter sich in vielen Fällen gegen die ihn nachtheiligen Folgen der Veräußerung durch Verhinderung der Tradition schützen.[14]) Die Auflassung dagegen kann er nicht hindern. Es bedingt daher meines Ermessens die Einführung der Auflassung auch die gleichzeitige Einführung der in dem neuen Gesetz dem Miether und Pächter gegebenen Schutzmittel. Dieselben würden dann auch noch den weiteren Vortheil haben, daß nicht auf lange Jahre hinaus Miethes- und Pachtverträge von verschiedener Qualität neben einander bestehen würden. Will man in der sofortigen Anwendbarkeit der neuen Vorschriften einen Eingriff in die Rechte des Vermiethers und Verpächters erblicken, so ist derselbe doch nicht von so weit tragender Natur und nicht im Entferntesten mit den einschneidenden Agrargesetzen zu vergleichen. Bei der sozialen Bedeutung des Mieths- und Pachtrechts scheint mir dieser Eingriff wohlthätig und unerläßlich zu sein.

Fünfter Titel.

I. Miethe.

§§ 503 bis 508 wie im Entwurf.

§ 508 a.

Wird in einem Miethsvertrag über ein Grundstück die Miethszeit bestimmt, so bedarf derselbe der schriftlichen Form, soweit seine Dauer sich über ein Jahr erstrecken soll.

§ 508 b.

Eine Eintragung der Rechte aus einem Miethsvertrage über ein Grundstück in das Grundbuch kann von dem

[14]) Allerdings ist dies bestritten und es ist hier nicht der Ort, auf diese Streitfrage näher einzugehen. Vergl. Verh. des 19. Deutschen Juristentags II. S. 315, III. S. 41, Ruhstrat: Jahrb. für Dogmatik Bd. 14 S. 341, wo ein Rechtsfall mitgetheilt, in welchem die Eigenthumsübertragung durch const. possess. vorgenommen war, was aber für unzulässig erklärt wurde.

Miether beansprucht werden, wenn der Vermiether sich zur Bewirkung derselben schriftlich verpflichtet hat.

Die Vorschriften des dritten Abschnitts des dritten Buchs finden in diesem Fall entsprechende Anwendung.

§ 509.

Ist im Fall der Vermiethung eines Grundstückes nach Ueberlassung desselben an den Miether oder nach Eintragung des Miethsrechts das Eigenthum an dem Grundstück von dem Vermiether an einen Dritten übertragen, oder das Grundstück zum Zweck der Theilung oder Auseinandersetzung zwangsweise versteigert, so tritt der neue Erwerber in alle Verbindlichkeiten des Vermiethers aus dem Miethsvertrage einschließlich der Verbindlichkeit zur Gewährung von Nebenleistungen, welche der Vermiether vertragsmäßig für den Miethszins mit übernommen hat, gegenüber dem Miether ein. Die Haftung des Vermiethers bleibt daneben bestehen. Jedoch wird derselbe, wenn der Miethsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, nach Ablauf einer Kündigungsfrist seit dem Eintritt des neuen Erwerbers, für die Zukunft von dieser Haftung frei.

Der neue Erwerber tritt in alle Rechte des Vermiethers gegenüber dem Miether von dem Zeitpunkt des Eigenthumsübergangs an ein, falls der Veräußerungsvertrag nicht einen anderen Zeitpunkt bestimmt. Zahlungen, Abtretungen, Verpfändungen und Pfändungen von Miethszinsen, welche vor Kenntniß des Eigenthumsübergangs seitens des Miethers erfolgt sind, sowie Aufrechnung derselben mit Gegenforderungen an den Vermiether, welche vor diesem Zeitpunkt entstanden sind, sind dem neuen Erwerber gegenüber nur für die Zeit bis zum Schluß des ersten vollen Kalendervierteljahres, welches auf den Zeitpunkt der Kenntniß des Miethers von dem Eigenthumsübergang folgt, wirksam, falls nicht der neue Erwerber sich dem Vermiether oder Miether gegenüber zur Anerkennung dieser Rechtshandlungen verpflichtet hat. Im Uebrigen kommen die bei Abtretung von Forderungen geltenden Regeln zur Anwendung.

§ 510.

Im Fall der auf Antrag von Gläubigern erfolgenden Zwangsversteigerung eines Grundstücks gehen die Rechte und

Pflichten aus einem eingetragenen Miethsvertrage auf den Ersteher in der im § 509 bestimmten Weise über, falls ihm das Grundstück unter der Bedingung der Uebernahme desselben zugeschlagen ist.

Diese Bedingung ist stets zu stellen, wenn der Anspruch des betreibenden Gläubigers dem eingetragenen Miethsrecht nachsteht.

Geht dagegen der Anspruch des betreibenden Gläubigers dem eingetragenen Miethsrecht vor, so ist das Grundstück mit und ohne Uebernahme der Rechte und Pflichten aus dem Miethsvertrage auszubieten und nur dann für ein mit Uebernahme desselben abgegebenes Gebot der Zuschlag zu ertheilen, wenn der betreibende Gläubiger dadurch gedeckt wird.

§ 511.

Nach Einleitung der im § 510 gedachten Zwangsversteigerung eines Grundstücks steht dem betreibenden Gläubiger das Recht zu, die in § 509 bezeichneten Miethsverträge mit der gesetzlichen Frist zu kündigen, soweit dieselben nicht nach § 510 von dem Ersteher zu übernehmen sind.

Ist dies nicht geschehen, so hat der Ersteher das Recht, diese Miethsverträge in den ersten drei Monaten nach dem Zuschlag mit der gesetzlichen Frist zu kündigen.

Unterläßt er diese Kündigung, so gehen die Rechte und Pflichten aus den Miethsverträgen auf ihn in vollem Umfang in der im § 509 bestimmten Weise über.

Ist dagegen von dem betreibenden Gläubiger oder dem Ersteher rechtzeitig gekündigt, so tritt der Letztere nur in die von dem Zuschlag bis zum Ablauf der Kündigungsfrist laufenden Rechte und Verbindlichkeiten des Vermiethers in der im § 509 bestimmten Weise ein.

§ 512.

Die freiwillige Veräußerung des Grundstücks durch den Konkursverwalter im Konkurse des Vermiethers läßt eingetragene Miethsverträge unberührt. Auf dieselben findet auch in diesem Fall die Bestimmung des § 509 Anwendung.

In Betreff der nicht eingetragenen Miethsverträge bleibt es dagegen bei der Vorschrift des § 17 Nr. 2 der Reichskonkursordnung.

§ 512 a.

Die Vorschriften des § 509 finden entsprechende Anwendung, wenn von dem Vermiether an einen Dritten zwar nicht das Eigenthum, aber ein dingliches Nutzungsrecht an dem Grundstück, mit welchem der Fruchtgenuß (§ 792) verbunden ist, übertragen wird.

Werden von dem Vermiether auf einen Dritten andre dingliche Nutzungsrechte an dem Grundstück nach Ueberlassung desselben an den Miether oder nach Eintragung des Miethsrechts übertragen, so ist der Dritte verpflichtet, die Ausübung des Miethsrechts durch den Miether, sowie die Vornahme derjenigen Handlungen, welche gegenüber dem Miether dem Vermiether obliegen, bis zum Ablauf der Miethszeit zu dulden.

§ 513 wie im Entwurf.

§ 514.

Ist der Vermiether mit der ihm obliegenden Vornahme einer Ausbesserung oder Einrichtung im Verzuge, so kann der Miether diese bewirken und den Ersatz der dazu erforderlich gewesenen Kosten von dem Vermiether verlangen.

Im Uebrigen bestimmen sich die Ansprüche des Miethers auf Ersatz von Verwendungen nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Miether hat außerdem das Recht, unbeschadet der Vorschrift des § 520, die durch eine Verwendung entstandene Einrichtung wegzunehmen.

§ 515 wie im Entwurf.

§ 516.

Dem Vermiether steht in Ermanglung einer anderweitigen Vereinbarung nicht das Recht zu, ohne Genehmigung des Vermiethers einem Andern den vertragsmäßigen Gebrauch der gemietheten Sachen, insbesondere durch weiteres Vermiethen (Untermiethe), zu überlassen.

Bei der Vermiethung von Grundstücken kann der Miether jedoch, wenn er durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder in den Umständen außer Stand gesetzt wird, von dem Miethsrecht ferner Gebrauch zu machen, von dem Vermiether die Einwilligung zur Uebertragung seiner Rechte an geeignete Untermiether ohne Aenderung der Art

des Gebrauchs beanspruchen. Er ist verpflichtet, dem Vermiether seine Ansprüche gegen die Untermiether im Fall der Ertheilung der Einwilligung abzutreten.

Verweigert der Vermiether seine Einwilligung, so muß die weitere Vermiethung unterbleiben, es ist der Miether aber in diesem Fall berechtigt, den Miethsvertrag sofort mit der gesetzlichen Frist zu kündigen.

§§ 517—519 wie im Entwurf.

§ 519a.

Der Miether ist verpflichtet, die vermiethete Sache mit der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters zu behandeln und der Vermiether ist berechtigt, gegen die Miether schon während der Dauer der Miethszeit wegen Vernachlässigung dieser Pflicht Ansprüche auf Herstellung oder Schadensersatz zu erheben, auch, wenn durch das Verhalten des Miethers die Besorgniß einer solchen Vernachlässigung für die Zukunft begründet wird, Sicherheitsleistung zu verlangen.

§ 521.

Absatz 1. Der Vermiether eines Grundstücks hat wegen seiner Forderungen aus dem Miethsvertrage ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethers sowie der Ehefrau und der Kinder des Miethers, wenn sie mit demselben die häusliche Gemeinschaft theilen. Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf eingebrachte Sachen eines Dritten, soweit dieselben zur Einrichtung der gemietheten Wohnung dienen, wenn der Miether vor oder bei der Einbringung dieselben dem Vermiether oder seinem Vertreter gegenüber als die seinigen ausgegeben hat, und der Vermiether oder dessen Vertreter das Recht des Dritten nicht kannte, seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Die Vorschriften der §§ 877, Satz 2, und der §§ 879, 880 finden dabei entsprechende Anwendung. — Das Pfandrecht erlischt mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück, auf welcher das Miethsverhältniß sich bezieht, es sei denn, daß die Entfernung heimlich oder gegen den Widerspruch des Vermiethers erfolgt ist.

Folgt Absatz 2 des Entwurfs, an dessen Schluß jedoch hinzuzufügen ist:

Jedoch darf der Vermiether sein Recht nur so weit ausüben, als zur Deckung seiner Forderung nöthig und muß sich zunächst an die dem Miether entbehrlicheren Sachen halten. In Ansehung derjenigen Sachen, welche der Pfändung nicht unterworfen sind, steht dem Vermiether das Verkaufsrecht (§ 1165) erst nach Ablauf einer Frist von drei Monaten, seitdem er dieselben in seine Inhabung genommen, zu.

Absatz 3 ist zu streichen.

Absatz 4 wie im Entwurf.

Folgt Absatz 5 wie im Entwurf, sodann neu:

Absatz 6. Es steht ferner einem andern Gläubiger, für den eine dem Pfandrecht des Vermiethers unterliegende Sache gepfändet ist, das Recht zu, dem Vermiether, welcher wegen künftig fälliger Miethe sein Pfandrecht an dem Erlös geltend macht, den Miethsvertrag an Stelle des Miethers mit der gesetzlichen Frist zu kündigen, dergestalt, daß derselbe für den nach Ablauf dieser Frist verbleibenden Rest der vertragsmäßigen Miethszeit nur einen Entschädigungsanspruch wegen vorzeitiger Beendigung der Miethszeit und wegen derselben sein Pfandrecht an dem Erlöse behält.

§ 522 wie im Entwurfe.

§ 523 wie im Entwurfe, jedoch mit folgendem Zusatz:
Eine entgegenstehende Vereinbarung ist unwirksam.

§§ 524—527 wie im Entwurf.

§ 528 wie im Entwurf jedoch hinzufügen:

3. wenn ein Hauptbau nothwendig wird, welcher sich zu einem wesentlichen Theil auf die vermietheten Räume erstrecken würde. Dem Miether steht in diesem Fall ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen den Vermiether zu, wenn der Grund, welcher den Hauptbau nothwendig macht, schon zur Zeit der Schließung des Vertrages vorhanden war oder später durch einen von ihm zu vertretenden Umstand eingetreten ist.

§ 529.

Absatz 1. Satz 1. wie im Entwurf. Dann weiter wie folgt: Jedoch muß der Miether, welcher dies Rücktrittsrecht auszuüben beabsichtigt, vorher unter Angabe des

Grundes davon Anzeige machen. Das Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen wenn die Abhülfe nach dieser Anzeige ohne Verzug (§ 246) bewirkt wird. Rechtfertigt jedoch ein besonderes Interesse des Miethers den sofortigen Rücktritt, so ist derselbe zulässig, wenn die Abhülfe nicht sofort nach der Anzeige erfolgt.

Absatz 2. wie im Entwurf. Hinzuzufügen ist ein neuer

Absatz 3. Durch die vorstehenden Vorschriften bleibt die Anwendung des § 361 auf den Miethsvertrag unberührt. Ebenso bleibt das Recht des Miethers auf Grund des § 368 Abs. 1. eine Minderung des Miethszinses und auf Grund des § 369 Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern neben dem Rücktrittsrecht bestehen.

II. Pacht.

§§ 531—532 wie im Entwurf.

§ 532a.

Die Bestimmungen der §§ 508a bis 512a gelten auch bei Pachtverträgen über die im § 781 den Grundstücken gleich gestellten Gerechtigkeiten.

Im Fall des § 509 tritt der neue Erwerber auch in die Verbindlichkeit des Verpächters zur Rückgewähr von Pachtkautionen ein, wenn die Bestellung derselben aus einem schriftlichen Pachtvertrage hervorgeht.

§ 533.

Eine Zwangsverwaltung einer Pachtung im Interesse der Gläubiger des Pächters ist zulässig, der Verpächter hat aber das Recht, seinerseits nach Einleitung einer solchen den Pachtvertrag mit der gesetzlichen Frist zu kündigen.

§ 521 Abs. 6 findet auf den Pachtvertrag keine Anwendung.

§§ 534—539 wie im Entwurf.

§ 540 wie im Entwurf, jedoch ist hinzuzufügen:

Er muß ferner dem Verpächter gestatten, zu den Ausbesserungen und Bauten, welche diesem obliegen, Materialien, welche das Grundstück selbst erzeugt, zu benutzen, soweit dies ohne Schädigung des Wirthschaftsbetriebes geschehen kann.

§ 541.

Der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks ist verpflichtet, das Grundstück während der ganzen Pachtzeit bis zur Rückgewähr nach landwirthschaftlichen Regeln ordnungsmäßig zu bewirthschaften. Er darf u. s. w. wie im Entwurf.

Am Schluß ist hinzuzusetzen:

Bei Vernachlässigung dieser Pflichten und der Vorschriften des § 540 findet § 519a entsprechende Anwendung.

§§ 542—548 wie im Entwurf.

Der Besitz.

Von Rechtsanwalt Dr. C. F. Reatz in Gießen.

Einleitung.

§ 1.

Der Entwurf behandelt die Lehre von „Besitz und Inhabung" prinzipiell im Sachenrecht, in dessen zweitem Abschnitt, in den §§ 797—825. An anderen Orten giebt er fragmentarische Bestimmungen über Besitz und Inhabung, so über die Rückforderung einer geleisteten Nichtschuld (§ 737), über die Rückforderung im Falle des Nichteintritts des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges (§ 744), über die Rückforderung bei Wegfall des Rechtsgrundes einer Leistung (§ 745), über die Forderung der Herausgabe der Bereicherung im Falle sonstigen grundlosen Habens (§ 748), über die Forderung des Pflichttheilsberechtigten gegenüber dem Beschenkten auf Herausgabe des Geschenks zum Zweck der Befriedigung wegen des Anspruchs auf den außerordentlichen Pflichttheil (§ 2016), über die Unvererblichkeit von Besitz und Inhabung (§ 2052), über die Vererblichkeit der Rechte und Verbindlichkeiten aus verbotener Eigenmacht (§ 2053), über die Fiction des unmittelbaren Ueberganges von Besitz und Inhabung des Erblassers auf den Erben im Fall verbotener Eigenmacht eines Dritten in der Zeit, bevor der Erbe Besitzer oder Inhaber geworden ist (§ 2054), über den redlichen Besitzer (§ 794, § 900), über Eigenthumsübertragung durch Rechtsgeschäft (§§ 874, 879), über die Ersitzung (§§ 881—889), über den Besitz beim Eigenthumsanspruch (§§ 929—945), über den Besitz einer Grunddienstbarkeit (§ 979) und über den Besitzstand bei der Grenzscheidung.

Das nachfolgende Gutachten hat lediglich den Eingangs genannten zweiten Abschnitt, in welchem die Besitz- und Inhabungslehre prinzipiell zu regeln versucht wird, zum Gegenstande, wenngleich manche der angezogenen fragmentarischen Bestimmungen für die Besitzlehre von erheblichem Interesse sind. Allein es muß sich diese Beschränkung auferlegen, weil bei jenen fragmentarischen Bestimmungen immer die Interessen anderer Rechtsinstitute auf das Besitzmoment einwirken, ein Eingehen auf diese aber die Hauptsache, die Bestimmung des Wesens des Besitzes und des Besitzschutzes, beeinträchtigen würde. Sollten die bis jetzt erschienenen und noch erscheinenden Kritiken über die Besitzlehre des Entwurfs bei einer Revision desselben einen modifizirenden Einfluß gewinnen, so wird sich diese Revision ohnehin auch auf alle anderen fragmentarischen Bestimmungen erstrecken.

Die Aufgabe des nachfolgenden Gutachtens kann es nicht sein, das heut zu Tage geltende Recht des Besitzes im Gemeinen und Partikularrecht Deutschlands darzustellen und zu begründen, oder sich in den Streit der Doktrin zu mischen, weder im Ganzen, noch im Einzelnen. Die Aufgabe ist vielmehr die, auf Grund unserer im Besitzverkehr des täglichen Lebens gemachten allgemeinen und der bei gerichtlichen Besitzstreitigkeiten gemachten besonderen Beobachtungen und Erfahrungen die geläuterten Rechtsanschauungen des Volkes in seinen maßgebenden Kreisen, und die Bedürfnisse des Besitzverkehrs darzustellen und zu begründen, und an der Hand dieser Momente die Bestimmungen des Entwurfs einer Kritik zu unterziehen und erforderlichen Falls anderweite Vorschläge zu machen. In der gemeinrechtlichen Wissenschaft befindet sich die Besitzmasse in einem gährenden Zustande, für den auf eine Klärung kaum gehofft werden kann, und die gemeinrechtliche Praxis ist im großen Ganzen immer noch eingezwängt in das längst verwachsene Gewand der Savigny'schen Theorie. Erst durch den Wahrspruch des Reichsgerichts, daß das Besitzinteresse das Wesen des Besitzes ausmache und gerichtlichen Schutz verdiene, mußte für die Praxis eine neue Zeit anbrechen, eine neue hoffnungsvolle Zeit aber auch für diejenigen, welche zu einer Neuregulirung der Lehre vom Besitz ihr Scherflein beizutragen bestrebt sind.

Die prinzipiell geregelte Lehre beschäftigt sich mit dem Begriff des Besitzes (§§ 797—799), mit dem Erwerb (§§ 797, 802—805, Geschäftsfähigkeit, Vertretung §§ 800, 801), der Dauer (§ 806), der Beendigung (Unmöglichwerden § 807, Aufgeben § 808, 809, Verlust

der thatsächlichen Gewalt §§ 810—813), dem Besitzschutz und den Besitzklagen (§§ 814—824) und mit der Vermuthung einer Vermögensverringerung im Fall des Verlusts oder der Beschädigung des Besitzes (§ 825).

Gegen die Stellung des Besitzes im Sachenrecht ist vom praktischen Standpunkte aus nichts zu erinnern. Die Anordnung des Stoffs ist tadellos, die Sprache klar und im Ganzen leicht verständlich, die Verweisungen auf vorausgehende oder nachfolgende Paragraphen sind spärlich und nicht störend, und das Ganze ist mit Sorgfalt und sichtlicher Lust und Liebe gearbeitet. Geradezu erstaunlich ist das Maß des vom Entwurf und den Motiven aufgewendeten Scharfsinns, aber gerade dieser Glanz ist ihnen zum Verräther geworden, denn er beleuchtet uns mit größter Schärfe Konsequenzen, die vom Leben als total ungeeignet zurückgestoßen werden, und die Unrichtigkeit der ganzen Grundlage des Besitzinstituts offenbaren. Und wo der gesunde praktische Sinn zum Durchbruch gelangt, da wird nicht etwa die irrige Grundlage geopfert, sondern nach künstlichen Mitteln gesucht, um das als wahr Erkannte lediglich als Konsequenz erster Prinzipien erscheinen zu lassen.

Die Lehre des Entwurfs von Besitz und Inhabung hat bereits herbe Anfechtungen erfahren [1]), und es werden ihr noch weitere bevorstehen. Es hat allen Anschein, daß sich der deutsche Juristenstand in seiner überwiegenden Mehrheit mit der neuen Lehre nicht befreunden, vielmehr eine neue Bearbeitung und damit eine wesentliche Umgestaltung für nothwendig erachten wird. Bei keiner Lehre des Entwurfs wird aber eine eingehendere Untersuchung der rechtlichen Natur ihres Gegenstandes so nothwendig sein, wie bei der des Besitzes, weil es sich bei ihr in der That um eine in vielen und wesentlichen Beziehungen neue Rechtsschöpfung handelt, indem namentlich die gemeinrechtliche Gestalt des Besitzes und Besitzschutzes unmöglich in das neue Rechtsleben des deutschen Volks einfach hinübergetragen werden kann.

[1]) Gierke, der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, in Schmoller's Jahrbuch (1888). Bähr, zur Beurtheilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, in der Kritischen Vierteljahrsschrift. (Bd. 11; besonderer Abdruck. 1888). — Jetzt auch Wendt, Besitz und Inhabung, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 74. (1889). Meischeider, die alten Streitfragen, in Becker und Fischer's Beiträgen (1889).

Erster Abschnitt.

Die rechtliche Natur des Besitzes.

Allgemeines.

§ 2.

In unserm gesammten wirthschaftlichen und Rechtsverkehrs-Leben findet kein Institut eine so häufige praktische Anwendung, wie das des Besitzes. Der allergrößte Theil des wirthschaftlichen Lebens befaßt sich mit dem Erwerb, der Ausübung, der Umformung und mit dem Wechsel des Besitzes in unendlich zahlreichen und verschiedenen Formen, und im Rechtsverkehr spielt der Besitz in sofern eine große Rolle, als er vielfach ein Erforderniß zur Begründung von Rechten und zur Tilgung von Schuldverhältnissen bildet. Schon dieserhalb ist eine Klarstellung des Begriffs und der rechtlichen Natur des Besitzes erforderlich. Allein das hauptsächlichste rechtswissenschaftliche Interesse an einer solchen Klarstellung knüpft sich daran, daß das Leben einer civilisirten Nation ein dringendes Bedürfniß hat, dem Besitz als solchem und ohne Rücksicht auf ein Recht zum Besitz einen Schutz zu gewähren. Da werfen sich denn die Hauptfragen auf, was ist Besitz, wie wird er erworben, wie erhalten, und wie verloren. Man findet freilich sogleich, daß er ein gewisses thatsächliches Herrschaftsverhältniß einer Person zu einer körperlichen Sache ist, allein wie man einen Schritt weiter geht, erheben sich Zweifel über Zweifel, was unter der Natur dieses thatsächlichen Verhältnisses eigentlich zu verstehen sei. In vielen Fällen tritt er allerdings in vollkommenster Gestalt in die Erscheinung, und wer überhaupt Augen hat, zu sehen, der sieht und erkennt ihn. Aber in vielen anderen Fällen tritt er als körperliches Verhältniß nicht so recht in die Erscheinung, und wir müssen nach äußerlichen Spuren suchen, müssen überlegen, abstrahiren und aus einer Reihe vergangener Thatsachen auf einen gewissen Besitzstand schließen. Hier sind zahlreiche Irrthümer in der sinnlichen Wahrnehmung und in der geistigen Thätigkeit der Schlußfolgerungen möglich. Stehen wir einerseits vor einer Wüstung und andrerseits vor einem Walde, so suchen wir, wenn sich weit und breit keine Person erblicken läßt, vergeblich nach einem thatsächlichen Herrschaftsverhältnisse einer Person zu diesen Grundstücken. Und fragen wir den etwa des Wegs daher kommenden Förster nach den Besitzern derselben, so werden wir Angesichts unsers

Besitzschemas höchlich erstaunt sein, wenn er uns mittheilt, die Wüstung habe keinen Besitzer, Besitzer des Waldes aber sei der Graf X. Dieser habe freilich den Wald noch nie gesehen, auch sei letzterer vor dreißig Jahren zum letzten Male durchforstet worden und seit dieser Zeit wäre auch kein Beamter der gräflichen Verwaltung in den Wald gekommen. Eine innere Stimme sagt uns, daß der Förster mit seiner Behauptung, der Graf sei Besitzer, Recht habe, und werden wir daher an der Richtigkeit unseres Besitzschemas irre. Gleichwohl definirt die herrschende Doktrin: „Eine Sache besitzen heißt, sie thatsächlich in seiner Gewalt haben." Welches sind denn die Bande und die Mittel, durch welche der viele hundert Meilen entfernte Besitzer die Sache in der Gewalt hat? Sichtbar sind sie nicht, geistig können sie nicht sein, dann namentlich nicht, wenn der Besitzer an seinen Wald gar nicht denkt. Es muß also noch eine andere Kraft existiren, die auf die thatsächliche Gewalt einen bestimmenden und modifizirenden Einfluß hat, und im Stande ist, einen Besitz zu erhalten, und diese Kraft ist eine wirthschaftliche oder volkswirthschaftliche. Dadurch, daß man diese Kraft verleugnet, und den Besitz lediglich als ein physisches Herrschaftsverhältniß angesehen hat, ist man in der Doktrin zu schweren Irrthümern gelangt, die der Entwurf nicht nur nicht beseitigt, sondern sogar noch verschärft. Zur Aufklärung der rechtlichen Natur des Besitzes ist es daher geboten, den Besitz nach seinen beiden Seiten hin, nach seiner physischen und nach seiner wirthschaftlichen Natur, einer Beleuchtung zu unterwerfen.

1. Die physische Natur des Besitzes.

§ 3.

Nach seiner physischen Natur ist der Besitz ein Herrschaftsverhältniß, ein Gewaltsverhältniß einerseits und ein Abhängigkeits- und Unterwürfigkeitsverhältniß andrerseits. Herrschendes und gewaltausübendes Subjekt ist der Mensch, das beherrschte, leidende, unterworfene, dienende und abhängige Objekt die körperliche Sache. Maßgebend ist der Wille des Subjekts, der jedoch seine Schranke in der Leistungsfähigkeit des Objekts findet. In soweit verfährt der Besitzer mit seiner Sache, wie er will, und sie gehorcht und dient ihm, folgt seinen körperlichen Einwirkungen und setzt denselben keinen eigentlichen Widerstand entgegen. Ist die Sache lebend, so bedarf es zur Erlangung und Erhaltung ihres Besitzes des Aufwands eines gewissen Maßes von Kraft und körperlicher Gewalt des Menschen, um den in

ihr lebenden Freiheitstrieb zu bändigen und wirkungslos zu machen. So lange das verfolgte wilde Thier sich wehrt, Widerstand entgegensetzt und sich durch Flucht noch retten kann, so lange ist kein Besitz erworben. Der dressirte Hund, der dem Wink und Wort seines Herrn folgt, und das gezähmte Reh des Försters, das Morgens in den Wald geht und Abends nach Hause kommt, befindet sich in seines Herrn Besitz. Ist die Sache eine leblose, in unmittelbarer Nähe, und dabei von geringem Umfange und Gewicht, so übt der Besitzer die Herrschaft über sie durch geringen Kräfteaufwand aus. Leistet sie aber dem Herrschaftswillen des Besitzbegehrenden einen erfolgreichen Widerstand, so muß zuvor dieser überwunden oder gebrochen werden, ehe der Besitz erworben wird. Liegt am jenseitigen Ufer des Flusses ein vom diesseits stehenden Jäger geschossener Hirsch, so muß der Jäger den Fluß überschreiten, ehe er den Besitz seiner Beute erwirbt. Hier leistet nicht das Objekt, sondern der Raum, die Entfernung, einen Widerstand, der überwunden werden muß. Gleiches ist der Fall, wenn in einer gewissen Tiefe der Erde das begehrte Mineral verborgen liegt. Treibt auf den Wellen des Meeres ein todter Walfisch, so haben die heranfahrenden Fischer seinen Besitz nicht schon dann erworben, wenn sie ihn mit Seilen und Ketten umschlungen haben, sondern erst dann, wenn sie in unbehindertem Zug ans Land begriffen sind. Sind aber die Wellen so stark und das Gewicht des Thieres so groß, daß der Besitzwille und die Bergungsmaßregeln als ohnmächtig sich erweisen, so siegt der Widerstand des Meeres und des Thieres, und Besitz ist nicht erworben. Vom Maß und Grad der zur Erlangung und Aufrechterhaltung des Besitzes erforderlichen Kraft und Gewalt gilt der gleichsam physikalische Grundsatz, daß sie vom Maß und Grad des Seitens der Sache oder des zu überwindenden Raumes geleisteten Widerstands abhängig sind. Je stärker dieser Widerstand ist, um so stärker muß die anzuwendende Kraft sein, und je geringer jener, um so geringer diese. Immer aber muß noch ein Plus dieser vorhanden sein. Denn so lange Angriffskraft und Widerstandskraft sich gleich sind, heben sich beide auf. Die Arten der Kraft- und Gewaltäußerungen oder der Besitzerlangungs- und Erhaltungshandlungen sind sehr verschieden. Sie können sein ein Ergreifen mit den Händen, Betreten mit den Füßen, Tragen auf dem Rücken, Fahren auf dem Wagen, Setzen, Besetzen und Besitzen, Reiten, Verbinden mit dem Körper des Menschen (Kleidertragen), Aufbewahren in geschlossenen Behältern, Einschließen in Zimmern, Ställen, umzäunten Gärten

und Höfen, Anbinden und Anschließen mit Seilen und Ketten, Verbauen, Annageln, Einfügen in andere Sachen, Anlehnen, Legen und Belegen, Aufhängen, Anstecken u. dgl. mehr. Ueberall tritt die Herrschaft des Menschen und die Unterwürfigkeit der Sache zu Tage.

Ein wesentliches Erforderniß dieser Herrschaft der Person über die Sache ist ihre Ausschließlichkeit, d. h. der thatsächliche Ausschluß der übrigen Menschheit von dieser Herrschaft. Man kann zwar die Herrschaft über eine Sache mit einem Andern theilen, in welchem Falle eine beschränkte Herrschaft, immer jedoch eine Herrschaft besteht. Leistet aber dem Herrschaftsbestreben des Einen die übrige Menschheit einen Widerstand, so muß dieser ebenso überwunden werden, wie derjenige, den die räumliche Entfernung der Sache von dem Besitzbegehrenden diesem entgegensetzt. Eilen Zwei oder Mehrere auf eine in gewisser Entfernung liegende werthvolle Sache zu, und beginnt zwischen ihnen ein Kampf um das Ergreifen und Behalten derselben, so hat nicht derjenige, welcher sie etwa zuerst aufgegriffen hat, die wirkliche Herrschaft erlangt, auch nicht derjenige, der sie dem Anderen aus der Hand geschlagen und ergriffen hat und davon eilt, obwohl sie selbst für kurze Zeit in dessen Gewalt war und diesem keinen Widerstand entgegengesetzt hat, sondern derjenige, der schließlicher Sieger geblieben ist und die Sache vom Kampfplatz weggebracht hat, oder gegen welchen die Andern, vom Kampfe ermattet, von jedem weiteren Besitzerstreben abstehen. Auch bei dieser Herrschafts- oder Besitzkonkurrenz gilt der sehr natürliche Grundsatz, daß sich das Maß und der Grad der zur Erlangung und Aufrechterhaltung des Besitzes erforderlichen Ausschluß-Kraft und Gewalt nach dem Maß und dem Grad des von der übrigen Menschheit geleisteten Widerstands richtet. Je stärker dieser Widerstand ist, um so stärker muß die Ausschlußkraft sein, und je geringer jener ist, um so geringer braucht diese zu sein. Aber auch hier muß die Ausschlußkraft immer ein Plus aufweisen. Handelt es sich beispielsweise um die Besitznahme eines Ackergrundstücks, vor welchem zwei Personen stehen, so wird als dieses Plus mindestens eine Aeußerung des Besitzerstrebers erfordert, daß er dasselbe für sich besitzen wolle. Damit erklärt er, jeden Anderen ausschließen zu wollen. Verhält sich der Miterschienene dieser Aeußerung gegenüber passiv, so wird jener, da das Grundstück selbst keinen Widerstand entgegensetzt, den Besitz erworben haben. Wollte man eine solche Ausschlußhandlung für

irrelevant erachten, so müßte, falls jeder der Erschienenen die geheime Absicht des Besitzerwerbs hätte, ein Besitzerwerb Beider angenommen werden, was doch wohl Niemand billigen wird. War aber nur der Besitzerstreber vor dem Grundstück erschienen, und setzte seinem Bestreben die übrige Menschheit keinen Widerstand entgegen, so bedarf es keiner in die leere Luft gesprochenen Ausschlußäußerung, das Plus liegt in seiner thatsächlichen Bereitschaft zum Ausschluß der passiv sich verhaltenden übrigen Menschheit. Die Arten der Ausschlußhandlungen sind verschieden. Geld, Werthpapiere und Pretiosen werden in Kasse- und sonstigen Schränken vor dem Diebsgriff Dritter gesichert, Hausmobilien in der Wohnung in ständiger Anwesenheit des Besitzers und seiner Angehörigen untergebracht, die Thore und Thüren des Hauses bei Nacht und im Fall der Abwesenheit des Besitzers verschlossen, um Dritten den Zugang unmöglich zu machen und dergl. mehr.

Letztes Erforderniß des Besitzes ist das Bewußtsein des Besitzers von seinem Besitze d. h. von seiner ausschließlichen Herrschaft über die Sache. Wer nicht weiß, daß er eine Sache in seiner Gewalt und die übrige Menschheit davon ausgeschlossen hat, ist nicht Herr derselben. So begegnen wir im täglichen Umgang sehr häufig dem geflügelten Worte: „Was man hat, von dem man nicht weiß, daß man es hat, das hat man nicht.“ Wer eine Sache nur verlegt zu haben glaubt, eifrig nach ihr sucht, sie aber trotz aller Mühe nicht findet und schließlich sie für verloren hält, der hat ihren Besitz nicht freiwillig aufgegeben, sondern er besitzt sie nicht, mag sie auch noch in irgend einer, in seiner Wohnung befindlichen Kiste verborgen liegen; und wem heimlich und aus Scherz ein Geldstück in die Tasche gesteckt worden ist, der besitzt es nicht, obwohl er die Gewalt über es hat und die übrige Menschheit seinem Erwerb keinen Widerstand entgegensetzt. Dieses Bewußtsein des Besitzers ist sein Wissen, seine auf sinnlicher Wahrnehmung beruhende Erkenntniß nicht bloß des körperlichen Besitzobjekts, sondern auch seiner ausschließlichen Herrschaft über dasselbe. Für das Besitzesbewußtsein beim Besitzerwerb wird hiernach dreierlei gefordert; einmal, daß das begehrte Besitzobjekt als ein körperlich bestimmtes Objekt der sinnlichen Wahrnehmung des Besitzergreifers zugänglich ist; sodann daß die Aufmerksamkeit des Erwerbers eine hinlänglich starke ist, um die erforderliche Wahrnehmung zu machen, und schließlich, daß die thätige Wahrnehmung auf den ganzen Gegenstand sich erstreckt. Diese Erfordernisse des Besitzesbewußtseins sind von

großer praktischer Bedeutung. Sollen zehn Centner Weizen aus einem bestimmten Haufen von hundert Centnern übergeben werden, so wird der Besitz an jenen zehn Centnern, obwohl sie ein körperlicher Theil des ganzen Haufens sind, doch erst mit der Individualisirung derselben erworben, denn erst damit ist das zu ergreifende Objekt der sinnlichen Wahrnehmung des Besitzerstrebers zugänglich. Andrerseits ist der Besitz einer in einem Etui enthaltenen goldenen Uhr schon mit der Uebergabe des Etuis an den Empfänger und nicht etwa erst bei seiner Eröffnung zu Hause, erworben, wenngleich der Schenker vor oder bei der Uebergabe eine Uhr nicht als Gegenstand der Schenkung bezeichnet, es vielmehr ungewiß gelassen hatte, welcher Art von Pretiosen der Inhalt angehöre. Wendet der Erstreber beim Traditionsakt diesem seine Aufmerksamkeit gar nicht zu, so entbehrt er in diesem Momente des Besitzesbewußtseins. Ein dreijähriges Kind, dem eine Eßwaare oder ein Spielzeug gegeben wird, hat das Besitzesbewußtsein; wenn man ihm aber ein Grundstück übergeben wollte, so wird man schwerlich ein Besitzesbewußtsein bei ihm vorfinden. Wenn schließlich bei der beabsichtigten Uebergabe eines, durch fremde Grundstücke oder öffentliche Wege durchschnittenen, mit unregelmäßigen Grenzen versehenen Grundstückkomplexes der Erwerber einen Standort einnimmt, von dem aus er das Objekt in seinen Grenzen nicht überschauen kann, so entsteht bei ihm das Besitzesbewußtsein hinsichtlich des ganzen Güterkomplexes nicht. Er muß sich vielmehr entweder einer Begehung der Grenzen unterziehen, oder auf eine Anhöhe begeben, von welcher aus er mit hinlänglicher Deutlichkeit das ganze Gebiet in seinen Grenzen überschauen kann. Der von der modernen Jurisprudenz in dieser Hinsicht gegenüber dem Römischen Rechte ausgesprochene Tadel ist gänzlich ungerechtfertigt. Auch für die Aufrechterhaltung des Besitzes wird das Besitzesbewußtsein gefordert. Man hat sich hier mit Präsumtionen zu helfen gesucht und namentlich den Satz aufgestellt, daß der Besitz bis zum Eintritt einer Beendigungsthatsache fortdauere. Dieser operative Eingriff in das Gebiet der Thatsachen ist unzulässig, und kann jedenfalls von Denjenigen nicht gerechtfertigt werden, die in dem Besitze lediglich eine thatsächliche Herrschaft erblicken. Es ist vielmehr ein psychologischer Erfahrungssatz, daß das Wissen, die Kenntniß und das Bewußtsein von einem Dinge nicht mit der gegenwärtigen sinnlichen Wahrnehmung desselben steht und fällt, sondern daß Wissen, Kenntniß und Bewußtsein auch ruhen und der Erinnerung anvertraut werden können.

Daher der bekannte Satz: tantum scimus, quantum memoria tenemus. Erst durch den Verlust der Erinnerungsmöglichkeit hört das Besitzesbewußtsein auf. Das Maß und die Stärke dieses Besitzesbewußtseins ist kein absolutes, sondern ein relatives Moment. Es richtet sich nach dem Umfange der nothwendigen sinnlichen Wahrnehmung. Je schwieriger diese herzustellen ist, um so eingehender müssen die Erforschungsthatsachen vorgenommen werden. Bei einer vor Augen liegenden beweglichen Sache bedarf es zu seiner Entstehung keiner erheblichen Geistes- oder körperlichen Thätigkeit. Anders bei umfangreichen Grundstücken mit unregelmäßiger Begrenzung. Die Handlungen behufs Herstellung des Besitzesbewußtseins sind ihrer Beschaffenheit nach verschieden. Sie können insbesondere eigene Wahrnehmungen sein, eigenes Besehen oder Befühlen des Besitzobjekts, aber auch fremde. Der genauen Beschreibung der Lage und Begrenzung eines zu erwerbenden Grundstücks durch den bisherigen Besitzer darf der Besitzerwerber, wenn der Glaubwürdigkeit des Uebergebers sonst nichts im Wege steht, Vertrauen schenken, und auf Grund dieser Mittheilungen sich ein Bild von der Individualität des Grundstücks machen. Wie sehr die zeitweilige Wiederholung der sinnlichen Wahrnehmung behufs Aufrechterhaltung des Besitzesbewußtseins ein Bedürfniß des Lebens ist, sehen wir daraus, daß der ordentliche Hausvater von Zeit zu Zeit seinen beweglichen und unbeweglichen Besitzstand einer Revision unterzieht, und namentlich seine Feld- und Waldgrundstücke begeht, um sich zu überzeugen, ob ihre Grenzen unverletzt sind oder eine Störung seines Besitzes durch Dritte stattgefunden hat oder nicht.

Die physische Herrschaft einer Person kann sich entweder auf die ganze körperliche Sache oder nur auf einen Theil derselben erstrecken (Vollbesitz oder Theilbesitz). Der Besitzer eines Hauses kann an einzelnen Räumen einem Dritten den Besitz einräumen. Er kann es aber auch bezüglich einzelner Stellen desselben thun. Der Hausbesitzer, welcher seinem Nachbar behufs Niederlegung von Holz, Stangen oder Handwerksgeschirr einen Platz im Hofe einräumt, räumt ihm den Besitz an diesem Theile seiner Hofraithe ein. Und wenn er ihm gestattet, seine Leitern, sein Pferdegeschirr und sonstiges landwirthschaftliches Geräthe an der Hauswand aufzuhängen, so räumt er ihm den Besitz der betreffenden Stelle der Wand ein.

Wollen wir auf Grund vorstehender Ausführungen die Lehre vom Besitz nach seiner physischen Natur in kurzen Worten formuliren,

so gelangen wir zu folgenden Resultaten: Der Besitz ist die bewußte ausschließliche natürliche (physische) Herrschaft einer Person über eine körperliche Sache oder einen Theil derselben. Er wird erworben durch die bewußte Erlangung der Gewalt über die Sache und durch den Ausschluß der übrigen Menschheit von derselben. Er wird aufrecht erhalten durch den Bestand der Gewalt und den wirklichen Ausschluß der übrigen Menschheit, verbunden mit dem Bewußtsein von diesem Zustand. Er wird verloren durch den Verlust der Gewalt, durch die an ihre Stelle tretende ausschließliche Gewalt eines Dritten oder durch den Verlust des Besitzesbewußtseins.

Diese Lehre entspricht indessen in manchen Beziehungen den Bedürfnissen des Lebens keineswegs. Sie ist ungenügend und bedarf einer erheblichen Modifikation, was im folgenden Paragraphen nachgewiesen werden soll.

2. Die wirthschaftliche Natur des Besitzes.

§ 4.

Um die wirthschaftliche Natur des Besitzes zu ergründen, müssen wir von den Bedürfnissen des Menschen und den Mitteln ihrer Befriedigung ausgehen, denn die ganze Wirthschaft des Menschengeschlechts, in welcher der Besitz geradezu den Mittelpunkt alles Denkens, Wollens und Thuns bildet, hat nur die Befriedigung menschlicher Bedürfnisse zum Zwecke. Diese Bedürfnisse sind außerordentlich zahlreich und nach Art, Zeit, Oertlichkeiten, Individualitäten und zahlreichen anderen Umständen unendlich verschieden. Hier interessiren uns nur diejenigen, die mittelst körperlicher Sachen befriedigt werden, da anerkanntermaßen nur körperliche Sachen Gegenstand des Besitzes sein können. Die Wissenschaft der Nationalökonomie hat eine größere Zahl von Kategorieen der Bedürfnisse, ebenso auch eine Mehrheit von Eintheilungen der sachlichen Befriedigungsmittel aufgestellt, allein dieselben sind zum Theil für die Besitzlehre ohne Interesse, und andrerseits genügen m. E. die bisherigen Untersuchungen doch nicht, um zu einer klaren Erkenntniß des wirthschaftlichen Wesens des Besitzes zu gelangen, und es wird daher unsere Aufgabe sein, auf Grund unserer eigenen Beobachtungen und allgemeinen und besonderen Lebenserfahrungen dieses wirthschaftliche Wesen des Besitzes zu ergründen.

Jeglichem Bedürfniß liegt ein mehr oder weniger stark empfundener, unser Wohlbehagen störender Mangel in unsern Lebensverhältnissen zu Grunde, ihn suchen wir zu beseitigen durch ein dazu geeignetes Etwas.

Die Empfindung, daß dieses Etwas zur Hebung des Mangels und zur Wiederherstellung unsres Wohlbehagens geeignet sei, verbunden mit dem natürlichen Verlangen, es zu diesem Zwecke zu verwenden, ist das Bedürfniß, das geeignete und begehrte Etwas ist der Bedarf, und der Akt der Verwendung, Ueberführung und schließlichen Beseitigung des Mangels und Wiederherstellung des Wohlbehagens ist die Befriedigung des Bedürfnisses. So empfinden wir den Hunger als einen das Wohlbehagen störenden Mangel, wir empfinden das Bedürfniß nach Speise, und wenn wir Brod und Fleisch dem Munde und Magen zuführen, so stillen wir unsren Hunger, stellen unser Wohlbehagen wieder her und befriedigen so unser Bedürfniß. Die dringendsten Bedürfnisse des Menschen sind die nach Speise und Trank, nach Schutz gegen die Unbilden der Witterung, nach Sicherheit der Person und ihrer Habe, und daran reihen sich weniger dringliche, aufschiebliche in großer Anzahl. Die zur Befriedigung dieser Bedürfnisse geeigneten Dinge nennt man im Allgemeinen Güter, wirthschaftliche Güter. Für die Lehre vom Besitz kommen sie nur in so weit in Betracht, als sie mit körperlichen Sachen zusammentreffen. Bei der Betrachtung einer jeden körperlichen Sache sehen wir nun zwei von einander verschiedene Dinge mit einander verbunden, das eine ist die Eigenschaft der Brauchbarkeit (Nützlichkeit) und diese ist es allein, welche das Bedürfniß befriedigt, und das andere ist nur der körperliche Träger der Brauchbarkeit, der es ihr überhaupt möglich macht, in der wirthschaftlichen Welt zu existiren und den Bedürfnissen der Menschen zu dienen. Beide Dinge sind bei vielen körperlichen Sachen so eng miteinander verbunden, vermischt und verwachsen, daß ihre Verschiedenheit vom leiblichen Auge nicht wahrgenommen wird, so beispielsweise das Brot und das Fleisch, das wir essen, oder der Wein, den wir trinken. Bei andern aber springt jener Unterschied sofort in das Auge. Die Schale des Ei's und der Nuß, die Hülse der Erbsen, die Kapsel des Mohns und dgl. sind Gefäße, die schon von der Natur geschaffen sind, um animalische oder pflanzliche Nahrungsmittel vor Verlust zu schützen und ihre Tragbarkeit zu erleichtern. Betrachten wir unsere Geräthe, vom rohsten bis zum technisch entwickeltsten Zustande, überall erscheinen uns die Körper als Träger gewisser nutzbringender, zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse geeigneter Eigenschaften. Auch beim landwirthschaftlichen Grundstück ist der Grund und Boden der Träger nützlicher Eigenschaften (Fruchtbarkeit). Von besonderem praktischen Interesse ist das Wohnhaus.

Sein erster Zweck ist, den Menschen vor den Unbilden der Witterung (Kälte, Hitze, Regen, Schnee, Hagel, Sturm) zu schützen, dazu gehören genügend überdachte und bewandete Räume mit licht- und lufteinlassenden Fenstern, mit Tapeten, heizbaren Oefen, und dgl. Sodann soll es zur Aufnahme des Mobiliars dienen, welches zum Unterhalt des Lebens, zum Kochen, Schlafen und zur häuslichen Arbeit nöthig ist. Dies erfordert gehörig fundamentirte Fußböden, die fähig sind, große Lasten zu tragen. Das Wohnen fordert außer den eigentlichen Wohnräumen Verkehrsräume, wie Gänge, Vorplätze, Treppen. Das Haus soll ferner Angriffe Dritter auf die Person und die bewegliche Habe der Wohnenden abhalten; dies bedingt Schutzvorrichtungen, wie verschließbare Thüren (Zimmer-, Vorplatz-, Hausthüren und Hofthore) und Fensterläden. Die körperlichen Träger aller dieser Brauchbarkeiten oder nützlichen Eigenschaften sind Steine, Holz, Eisen und andere Baumaterialien. Den ersten und untersten Stützpunkt des Wohnhauses bildet der Grund und Boden, ein Theil der Erde; auf ihm ruht das Fundament und die Fundamentmauer; hier werden schon Keller (Räume zur Aufbewahrung von Lebensmitteln und Steinkohlen) mit verschließbaren Thüren und Gängen gebildet; dann erhebt sich ein Steinbau, das erste, zweite, dritte Stockwerk, mit Treppen, Gängen und Wohnräumen, jedes Stockwerk hat seine Stütze im unteren, und findet seinen bedachenden Schutz im oberen Stockwerke, im obersten Boden und dem Hausdache. Das ganze Gebäude als solches dient lediglich dem Gebrauche, und ist lediglich für ihn geschaffen. Würden unsere Bedürfnisse und wirthschaftlichen Interessen, welche wir nach der Beschaffenheit unserer Gesammtverhältnisse nun einmal nur mit einem Wohnhause befriedigen können, schon direkt von der Natur befriedigt, hätten wir ein Klima ohne Regen, Schnee, Hagel, Sturm, Hitze oder Kälte, oder wäre der menschliche Körper unempfindlich gegen diese Aeußerungen der Elemente, und gäbe es keine menschliche Habsucht, vor der wir die Mittel zur Befriedigung unserer Bedürfnisse sichern müßten, so würden wir wahrscheinlich Wohnhäuser entbehren können. Ein Gleiches wäre bei allen anderen körperlichen Sachen der Fall. Daraus ergiebt sich daß der Körper der körperlichen Sache für sich allein gar keinen wirthschaftlichen Werth hat, daraus aber auch, daß der Besitz als solcher, d. h. die physische Herrschaft einer Person über eine Sache für die ganze menschliche Wirthschaft jedes Interesses entbehrt. Welches Interesse soll es für die Menschheit haben, daß Jemand

seinen Hund mit guten Worten und Schlägen dressirt und seine körperliche und geistige Ueberlegenheit über ihn an den Tag legt, und wie vermag es ein Gesetzgeber zu rechtfertigen, wenn er dem Besitzer einer Sache einen rechtlichen Schutz blos deshalb angedeihen lassen will, weil sich derselbe einmal eine ausschließliche Herrschaft über eine Sache bereitet hat. Der bloße Herrschaftswille hat gar keinen Werth, er würde zudem aufgehoben durch den entgegenstehenden Herrschaftswillen eines Andern. Der Körper einer Sache erhält aber mittelbar einen wirthschaftlichen Werth dadurch, und wird mittelbar dadurch ein wirthschaftliches und begehrenswerthes Gut, daß er der nothwendige Träger aller Brauchbarkeiten, des wahren Bedarfs des bedürftigen Menschen ist, und daß eine Verwendung dieses Bedarfs behufs Befriedigung des menschlichen Bedürfnisses nur durch die ausschließliche Herrschaft des Menschen über den Körper der Sache möglich ist. Auf diese Weise wird der Besitz einer Sache wirthschaftliches Gut, ein wirthschaftliches Verhältniß des Menschen zur Sache und zu seinen Mitmenschen, und als solches steht er unter wirthschaftlichen Gesetzen, und wird insbesondere zum Gegenstand des wirthschaftlichen Verkehrs. Dadurch allein gewinnt er ein rechtliches Interesse, er wird Objekt rechtlicher Interessen und Gegenstand des Rechtsverkehrs. Nur wer mit seiner physischen Herrschaft über die Sache ein eigenes Interesse verbindet, ist Besitzer; wer lediglich fremde Interessen wahrt, übt fremden Besitz aus. Die Interessen, welche eine Sache zu befriedigen vermag, sind, wie wir aus den Lehren von den dinglichen Rechten und Schuldverhältnissen wissen, nach Art und Umfang sehr verschieden, und sind es darnach auch in gleicher Weise die Besitzinteressen. An einer und derselben Sache können die Interessen mehrerer in mit einander verträglicher Weise konkurriren, das eine kann vorherrschen, das andere überhaupt oder zeitweise zurückstehen und das eine kann in Thätigkeit sein, während das andere ruht.

Wenn oben gesagt wurde, daß der Besitz als wirthschaftliches Gut unter wirthschaftlichen Gesetzen stehe, so sind darunter nicht bloß die speziellen Gesetze zu verstehen, die den eigentlichen Besitzverkehr zu regeln bestimmt sind, sondern auch gewisse allgemeine Grundsätze, die den wirthschaftlichen Verkehr überhaupt beherrschen. Dahin gehört insbesondere der Grundsatz, daß alle überflüssigen, zwecklosen oder gar zweckwidrigen Handlungen zu vermeiden sind. Wendet man diesen Grundsatz auf das Verhalten einer Person in

Bezug auf den Erwerb und die Erhaltung eines Besitzes an, so kann man von ihr nur diejenigen Besitzeshandlungen verlangen, welche von ihrem Besitzinteresse gefordert werden. Der Besitzer eines Ackers braucht zur Erhaltung seines Besitzes Besitzeshandlungen nur während der Ausstellungs- und Erntezeit vorzunehmen, im Winter bei Schnee und Frost wäre die Besichtigung und Begehung des Ackers eine höchst überflüssige Maßregel. Wer, um Vögel und Wild zu fangen, Fallen stellt und Schlingen legt, würde sehr zweckwidrig handeln, wollte er sich während der Wartezeit neben die Fanganstalt stellen; will er die physische Herrschaft über die Thiere erlangen, so muß er sich entfernen, seine persönliche Anwesenheit kann daher für den Besitzerwerb nicht gefordert werden. — Ein anderes Gesetz des wirthschaftlichen Lebens fordert von dem Wirthschafter, daß er sein gesammtes Vermögen ohne Vernachlässigung seiner Pflichten als ordentlicher Wirthschafter möglichst gleichmäßig und nach Bedürfniß bewirthschafte. Da indessen eine solche Gesammtbewirthschaftung zur selben Zeit und an demselben Orte die menschlichen Kräfte übersteigt, so ist er zu Zeit- und Ortseintheilungen genöthigt, und dies bedingt insbesondere, daß er in seiner Besitzthätigkeit angemessene Pausen eintreten läßt, und sich zeitweise von seinem Besitze oder seinen Besitz von sich trennt. Durch solche zeitweise Entfernungen kann daher wohl der physische Besitz, nicht aber der wirthschaftliche unterbrochen oder verloren werden. Der Landmann, der über Nacht seinen Pflug auf dem Felde stehen läßt, und die Hausfrau, die ihre Wäsche über Nacht auf dem Bleichplatze niederlegt, ohne Wachen aufzustellen, sie beide verlieren ihren Besitz keineswegs, wenngleich Pflug und Wäsche dem Diebsgriff preisgegeben sind. Der Besitzer eines Baumgrundstücks kann sich zur Zeit der Reife nicht stündlich oder täglich zu demselben begeben, um die inzwischen herabgefallenen Aepfel aufzulesen; er erwirbt auch ohne solche Apprehension den Besitz an dem gefallenen Obste beziehungsweise er verliert denselben nicht. — Die wirthschaftliche Unthunlichkeit eines persönlichen Ausschlusses der übrigen Menschheit hat sodann zu einer Reihe von Ersatzmitteln geführt, die bei jedem Dritten das Bewußtsein eines bereits bestehenden Besitzes hervorzurufen bezwecken und dazu geeignet sind. Dies ist insbesondere der Fall bei den in einer Wohnung aufbewahrten Sachen, bei dem gepflügten Acker, bei der gelegten Schlinge, bei kultivirtem Walde, bei den Strohwischen, Warnungstafeln und Pfandzeichen, die in Feld und Wald angebracht zu werden pflegen und dergleichen mehr. Läßt

dagegen ein Bienenschwarm im fremden Garten seinen Honig zurück, so wird dem Gartenbesitzer der Besitz des letzteren nicht erworben, weil er keine Fang- und Ausschlußanstalt errichtet hatte. Der Besitz eines im Keller oder in einem verborgenen Gange ruhenden Schatzes wird dem Hausbesitzer nicht von selbst erworben, während der als Baumaterial eingefügte Schatz als Bestandtheil des Fundaments des Hauses schon von selbst im Besitze des Hausbesitzers sich befindet.

3. Arten des Besitzes.

§ 5.

Aus der Darstellung der physischen und wirthschaftlichen Natur des Besitzes ergeben sich nun verschiedene Arten desselben, die wir mit wenigen Worten kennzeichnen wollen:

1. Der Eigenbesitz und der fremde Besitz. Eigenbesitz ist der Besitz, der dem Interesse des Besitzers dient. Der Besitzer hat sich die Sache angeeignet, damit sie seinen Interessen diene, er hatte den Aneignungswillen; der Käufer, der Miether und Pächter, der Entleiher, der Beschenkte, der Dieb und Räuber, sie alle erstrebten und haben Eigenbesitz. Wer dagegen lediglich im Interesse eines Andern besitzt, übt fremden Besitz aus, er hatte keinen Aneignungswillen, und dem Eigenbesitzer gegenüber hat er keinen Besitz. Dahin gehört der Verwalter, der Beauftragte, das Hausgesinde, der Depositar u. A. mehr in Ansehung der ihnen anvertrauten, zur Bewahrung, Besorgung und Bewirthschaftung im Interesse ihrer Auftraggeber gegebenen und empfangenen Sachen. Ein nachträglicher Wechsel in ihrer Absicht, das Erstehen der Absicht eigenen Besitzes oder des Aneignungswillens, eine Veruntreuung würde ihnen zwar, wenn der Besitz lediglich ein physisches Verhältniß wäre, sofort Besitz verschaffen, und den Eigenbesitzer seines Besitzes berauben, allein da der Besitz ein wirthschaftliches Verkehrsmittel ist, so können sie den Besitz nur so ausüben, wie er ihnen überantwortet ist. Ihre Veruntreuung berechtigt den Eigenbesitzer zum sofortigen Selbstschutz in der gesetzlich gebilligten Weise (§ 10 ff.).

2. Der Eigenbesitz erscheint je nach dem Umfang des Besitzinteresses in verschiedener Gestalt. Das objektive Recht selbst hat bereits in dieser Hinsicht verschiedene Rechte anerkannt; es kennt Eigenthum, dingliche Rechte und rechtliche Ansprüche verschiedener Art. Der Besitz ist hiernach Eigenthumsbesitz, Nießbrauchsbesitz, Gebrauchsleihebesitz, Mieth- und Pachtbesitz, Pfand- und

Retentionsbesitz, Verwaltungsbesitz, Verantwortlichkeitsbesitz, Besitz auf Widerruf und dergleichen mehr. Eigenthumsbesitz insbesondere ist der Besitz einer Sache zum Zweck der Nutzung der Gesammtheit ihrer Brauchbarkeiten. Der Nießbrauchsbesitz ist der Besitz zum Zweck des Nießbrauchs einer Sache, und er wirkt absolut gegen jeden Dritten, und relativ, soweit der Begriff des Nießbrauchs reicht, auch gegenüber dem Eigenthumsbesitzer. Der Mieth- und Pachtbesitz hat den Gebrauch der Sache zum Zweck, und wirkt ebenfalls gegen jeden Dritten absolut, gegenüber dem Eigenthums- oder Nießbrauchsbesitzer relativ in soweit, als der Mieth- oder Pachtgebrauch es fordert. Der Verwalter eines Gutes hat gegenüber seinem Auftraggeber keinen Besitz; da er jedoch diesem gegenüber zur sorgfältigen Bewahrung und zur demnächstigen Rückgabe verpflichtet und hierfür verantwortlich ist, so erwächst ihm ein Verantwortlichkeitsbesitz, den er einem dritten Störenden gegenüber in eigenem Namen geltend zu machen berechtigt ist.

3. Der Besitz ist entweder Vollbesitz oder Theilbesitz, je nachdem er sich über die ganze Sache oder nur über einen Theil derselben erstreckt. Der Hausbesitzer ist Vollbesitzer, der Miethbesitzer einer Etage Theilbesitzer.

4. Der Besitz ist entweder Alleinbesitz oder Mitbesitz, je nachdem Jemand die ganze Sache oder einen Theil derselben für sich allein, oder gemeinschaftlich mit Anderen besitzt. Im Mitbesitz befinden sich zwei oder mehrere Eigenthumsbesitzer eines Hauses, und die Miethbesitzer derselben Wohnung. Die Bewohner eines Hauses befinden sich im Mitbesitz der zu ihren Wohnungen führenden Treppen und Gänge.

5. Der Besitz ist entweder ein thätiger oder ein ruhender, je nachdem der Besitzer ihn thatsächlich ausübt oder unausgeübt läßt. Hat der Hausbesitzer eine Etage vermiethet, so ruht sein Vollbesitz an der Wohnung, soweit derselbe dem Wohnungsbedürfniß des Miethbesitzers dient.

6. Der Besitz ist gestört, wenn ein Dritter ohne Einwilligung des Besitzers dessen Herrschaft über die Sache beschränkt oder hemmt.

Dies Alles sind Ausdrücke, die in der Sprache des täglichen Lebens mehr oder weniger häufig vorkommen. Die Begriffe selbst existiren in Wirklichkeit und ohne ihre Kenntniß ist die Lehre vom Besitz nicht zu verstehen.

Hie und da mag es theoretisch zweifelhaft sein, ob ein nach unserem Rechtsgefühl bestimmt anzunehmender Besitz es schon nach

seiner physischen Natur ist, oder es erst durch seine wirthschaftliche Natur wird. Man nehme den Fall eines vom Haus- oder Wohnungsbesitzer im untersten Hausgange angebrachten Briefkastens. Der Besitzer desselben bezweckt mittelst seiner Anbringung eine Sammelstelle für die an ihn gerichteten gewöhnlichen Briefe, Korrespondenzen, Rechnungen u. dgl. m., theils um den Ueberbringern die Mühe des Treppensteigens, theils um sich die Unannehmlichkeiten häufiger Störungen zu ersparen; er ermächtigt die Ueberbringer zum Einlegen der Briefe mit der Wirkung, daß dieselben als in seine Hände gelangt angesehen werden sollen. Mittelst dieser Empfangsstelle, die zugleich eine Schutzvorrichtung gegen den Zugriff Dritter ist, will er den Besitz aller eingelegten Briefe sofort erwerben. Zweifelhaft ist nur, wie es sich im Einzelfall mit dem Besitzesbewußtsein verhält. Erwartet er innerhalb einer bestimmten kurzen Zeit einen gewissen Brief oder erwartet er die täglich erscheinende Zeitung, so wird man ein wirkliches Besitzesbewußtsein annehmen müssen. Für unerwartete Briefe dagegen dürfte ein Gleiches nicht anzunehmen sein. Hier ist meines Erachtens die wirthschaftliche Natur des Besitzes ausschlaggebend. Der Besitzer eines Briefkastens hat ein Interesse daran, daß alle demnächst ankommenden, auch die unerwarteten Briefe sicher in seine Hände gelangen, und er sorgt vermittelst der Anbringung jenes Kastens jetzt schon für die Befriedigung künftiger Interessen. Diese künftigen Interessen bedürfen eines Schutzes, und wird es daher wohl gestattet sein, das Bewußtsein, daß auch unerwartete Briefe eintreffen können, dem Bewußtsein eines erwarteten gleichzustellen. In gleicher Weise müssen die Fälle beurtheilt werden, in welchem die käuflich bestellten, also erwarteten Waaren bei Abwesenheit des Käufers in dessen Wohnung erfüllungshalber niedergelegt werden (Kleider im Zimmer, Holz auf dem Hofe u. dgl. m.). War dagegen die in der Wohnung niedergelegte Sache keine mehr oder weniger erwartete, so ist nicht ohne Weiteres ein Besitzesbewußtsein zu unterstellen, es kommt vielmehr darauf an, ob die individuellen Umstände des Einzelfalls einen Schluß darauf gestatten, daß der Wohnungsbesitzer den Besitz zu erwerben Willens war. Der auf Unterstützungen angewiesene Bedürftige wird, wenn ihm ein wohlwollender Spender einen Raummeter Holz auf den Hof hat bringen lassen, den Besitz hieran sofort erworben haben, sollte er auch erst nach einigen Tagen in seine Wohnung zurückkehren. War es in der Zwischenzeit gestohlen worden, so war es ihm gestohlen und er genießt folglich den Besitzschutz. Hatte

dagegen ein Freund in meiner Abwesenheit in die Schublade meines Pultes einen Tausend-Markschein mit dem schriftlichen Ersuchen an mich gelegt, damit gewisse Schulden für ihn zu bezahlen, so erwerbe ich den Besitz erst mit der Entstehung meines Besitzesbewußtseins, und wenn dieser Schein inzwischen gestohlen worden ist, so genieße ich selbst den Besitzschutz nicht.

Mit dem wirklichen Verlust des Besitzesbewußtseins in Folge unheilbaren Wahnsinns würde, wenn der Besitz lediglich ein physisches Herrschaftsverhältniß wäre, der Besitz verloren. Die wirthschaftliche Natur des Besitzes aber läßt einen solchen Verlust nicht zu. Denn der Besitz ist ein wirthschaftliches Gut, dazu bestimmt, den Bedürfnissen des Menschen zu dienen, Bedürfnissen, die durch dessen Wahnsinn nicht aufhören, es zu sein.

Wäre schließlich der Besitz lediglich als physisches Herrschaftsverhältniß anzusehen, so müßte er in dem Moment verloren gehen, in welchem ihn ein Dritter mit Gewalt dem Besitzer entzogen haben würde. Dies ist auch der von der herrschenden Doktrin eingenommene Standpunkt, nur daß sie dem seines Besitzes Entsetzten einen Schutz zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes gewährt. In Wahrheit und nach der wirthschaftlichen Natur des Besitzes ist aber jener Besitz durch die eigenmächtige Entziehung der Sache oder Verdrängung des Besitzers nur gehemmt oder gestört, und der dem Besitzer gewährte Schutz ist ein Schutz behufs Aufrechterhaltung eines zwar angefochtenen, immerhin aber noch bestehenden Besitzes. Denn derartige Störungen sind, sofern alsbald Schritte zu ihrer Beseitigung gethan werden, nur vorübergehender Natur, wie die vorübergehenden Störungen durch Elementarereignisse, und wie die durch die Verkehrsverhältnisse bedingte zeitweilige Nichtausübung des Besitzes.

4. Der Besitzschutz.

§ 6.

Nach dem vulgären Sprachgebrauch des täglichen Lebens versteht man unter Schutz des Besitzes den Schutz von Hab' und Gut, des Vermögens, wie man denn ja auch mit dem Ausdruck „Besitz" das Vermögen als solches, ohne Rücksicht auf die rechtliche Gestaltung seiner einzelnen Bestandtheile bezeichnet. So schützt sich insbesondere der Gläubiger „im Besitz seiner Forderung", wenn er zu deren Gunsten einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung erwirkt. Von einem solchen Besitzschutz kann selbstverständlich hier nicht die Rede sein.

In der Sprache der Juristen redet man und kann man von einem Schutz des Besitzes überall da reden, wo der Besitz einer körperlichen Sache Gegenstand von Rechten, dinglicher und Forderungsrechte ist, und wo der Anspruch des Berechtigten auf Erlangung eines bisher nicht gehabten, auf Erhaltung eines bestehenden und auf Wiedergewinnung eines verlorenen Besitzes geht. Hierhin gehören die Eigenthums- und sonstigen Klagen dinglicher Rechte, eine Reihe von Forderungsklagen und namentlich die Klagen wegen Entziehung des Besitzes durch unerlaubte Handlungen, wie Diebstahl, Raub, Gewalt, Betrug und wegen grundlosen Besitzübergangs (Bereicherung). Auch dieser Schutz des Besitzes gehört nicht hierher, weil es sich in allen diesen Fällen um den Schutz von Rechten handelt, mit welchen der Besitz nur in einer mehr oder weniger engen gegenständlichen Verbindung steht. Von einem Besitzschutz im technischen Sinn kann man nur da reden, wo der Besitz einer körperlichen Sache als solcher, ohne jede weitere Rücksichtsnahme auf Rechte, um seiner selbst willen, und weil er Besitz ist, geschützt werden soll, wo er schutzbedürftiges Subjekt und schutzbedürftiges Objekt zugleich ist. Ein solcher Schutz ist nur nach zwei Richtungen hin denkbar. Entweder gilt er der Aufrechterhaltung eines bestehenden, von dritter Seite angefochtenen oder angegriffenen Besitzes gegen Versuche gänzlicher oder theilweiser Entziehung, oder der Wiedergewinnung eines verlorenen Besitzes (interdicta retinendae vel recuperandae possessionis), in beiden Fällen unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß jene Versuche und dieser Verlust nicht mit Einwilligung des Besitzers erfolgt sind.

Die legislative Frage ist nun die, ob dem Besitz in beiden Fällen oder nur etwa im ersteren ein gerichtlicher Schutz zu Theil werden soll. Denn daß ein Besitzschutz überhaupt nothwendig ist, lehrt die Erfahrung allzusehr. Zwar hat man jenes für die heutige Zeit in Abrede zu stellen versucht, allein einestheils treffen die dafür geltend gemachten Gründe höchstens den Immobiliar- und nicht den Mobiliarverkehr, und anderentheils werden selbst die vorzüglichsten, sicher und rasch arbeitenden Grundeigenthums-Einrichtungen immerhin mehr oder weniger umfangreiche Zeiträume offen lassen, in welchen sich das Bedürfniß nach Besitzschutz in breitester Weise geltend macht. Jene legislative Frage kann nur dann befriedigend gelöst werden, wenn sich der Gesetzgeber über den Grund des Besitzschutzes völlig klar wird. Denn diese weitere Frage nach dem Grunde des Besitzschutzes ist nicht eine bloß wissenschaftliche, theoretische und rechts-

philosophische, sondern eine solche von allerhöchster praktischer Bedeutung in sofern, als nur durch ihre richtige und sichere Beantwortung der Besitzkläger, der Besitzbeklagte, der Besitzgegenstand, die Besitzverletzung, der Besitzanspruch, die Zeit seiner Geltendmachung und der zulässige Umfang der Vertheidigung des Beklagten richtig und sicher bestimmt werden kann. Ist sich der Gesetzgeber über den Grund des Besitzschutzes nicht klar, folgt er vielmehr nur gewissen, von Fall zu Fall eintretenden praktischen Impulsen, so sind schädliche Wirrnisse für das praktische Leben unvermeidlich.

Die Frage nach dem Grunde des gerichtlichen Besitzschutzes ist bekanntlich für das Gemeine Recht eine sehr bestrittene. Man hat absolute und relative Theorien, und insbesondere Gewalt- und Willenstheorien aufgestellt. Es ist hier nicht der Ort, diese mit mehr oder weniger Scharfsinn zu begründen versuchten Lehren des Näheren zu beleuchten, da sie meistens nur die Rechtfertigung des Römischen Besitzschutzes bezwecken. Die Gewalt-Theorie entspricht jedenfalls nicht den Bedürfnissen der heutigen Zeit, und die reine Willens- und Persönlichkeits-Theorie verdient im praktischen Leben nicht die geringste Anerkennung. Denn wohin soll es führen, wenn man im Verkehrs- und Rechtsleben den Willen des Einen maßgebend lassen sein wollte für den Willen des Andern! Dagegen verdient eine neuere Theorie schon deshalb eine etwas nähere Betrachtung, weil sie ein durchaus praktisches Ziel verfolgt und unter kontrollirenden Eindrücken scharfer Beobachtungen des Lebens sich eingeführt hat. Bekanntlich hat Ihering[2]) seine Theorie dahin zusammengefaßt: „Der Schutz des Besitzes als der Thatsächlichkeit des Eigenthums ist eine nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumsschutzes, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise auch dem Nichteigenthümer zu Gute kommt". Man kann mit Ihering unbedenklich darin übereinstimmen, daß der Beweis des Eigenthums an Mobilien und der des römisch-rechtlichen Erwerbs des Immobiliar-Eigenthums in zahlreichen Fällen ein sehr schwieriger ist, auch darin, daß in den überaus meisten Fällen der Eigenthümer Besitzer und der Besitzer einer Sache deren wirklicher Eigenthümer ist[3]), auch darin, daß der Gesetzgeber bei Auf-

[2]) Beiträge zur Lehre vom Besitz (in seinen Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. IX. 1868.)

[3]) Die von Ihering gestellte statistische Frage ist unrichtig gestellt. Sie müßte dahin lauten: In wieviel Procenten der streitigen Besitzfälle ist der Be-

stellung von Rechtssätzen von der Regelmäßigkeit der Verkehrserscheinungen auszugehen hat, allein dies Alles rechtfertigt eine Beweiserleichterung und gar die Schöpfung eines Besitzinstituts noch lange nicht. Das Bedürfniß einer Beweiserleichterung besteht in gleicher Weise bei allen anderen Rechtsinstituten, und doch wird der heutige Gesetzgeber nicht geneigt sein, dem bisherigen langjährigen Zinsenempfänger eine präsumtive Darlehnsforderung zuzusprechen, und für den Fall des Zusammenlebens zweier Personen verschiedenen Geschlechts während längerer Jahre eine präsumtive Ehe anzunehmen, und ohne weiteren Beweis dort eine Darlehns-, hier eine Klage auf eheliche Folge zuzulassen. Diese faktischen Momente können überall da, wo richterliche freie Beweiswürdigung besteht, zu einer gewissen Geltung gelangen, aber sie können nicht absolut wirken. Für das Eigenthum liegt nicht der geringste Grund eines Vorzugs oder einer besonderen Behandlung vor. Wo Rechte verletzt sein sollen oder in Anspruch genommen werden, da müssen sie bewiesen werden, und nur wo Gefahr auf Verzug steht, hilft das Gesetz und zumal die Civilprozeß-Ordnung durch Arreste und einstweilige Verfügungen in völlig genügender Weise aus. Beweise seiner Erwerbtitel und Rechte zu sammeln und zu sichern, ist Sache und Sorge jedes ordentlichen Hausvaters und Wirthschafters, und es ist gewiß eine allzu starke Zumuthung an die Gutmüthigkeit des Staatswesens und an die Vorsorge des Gesetzgebers, wenn man von ihnen die Schaffung eines Besitzschutzes zu Gunsten der nachlässigen Eigenthümer, die über ihren Erwerb Urkunden nicht errichtet, oder solche nachträglich verloren, oder nicht rechtzeitig für Neubeschaffung derselben gesorgt haben, verlangen wollte.

Wäre aber auch eine solche Beweiserleichterung und damit die Gründung einer besonderen Vorstufe des Eigenthums durch Zulassung des Besitzschutzes für den Gesetzgeber indicirt, so ist doch der Ausschluß des Petitoriums zum Nachtheil des Beklagten überaus ungerechtfertigt. Man begeht nicht bloß die Ungerechtigkeit, den präsumtiven Eigenthümer von dem Beweise seines Rechts zu befreien, sondern

sitzer zugleich Eigenthümer? Da möchte nun das statistische Verhältniß, wenigstens bei Immobilien, von welchen Ihering besonders spricht, gerade das umgekehrte sein, denn in dem Bewußtsein des Eigenthumsrechts des nicht besitzenden Eigenthümers liegt eine viel lebhaftere Aufforderung zur eigenmächtigen Erlangung des ihm rechtlicher Weise zukommenden Besitzes, als im Bewußtsein eines Dritten, daß ihm weder Eigenthum noch Besitz gebühre.

man gestattet dem Beklagten auch nicht einmal den Gegenbeweis des klägerischen Unrechts und den Beweis seines eigenen Rechts, Alles unter dem Schilde der Annäherung an die im Leben wirklich bestehenden Eigenthumsverhältnisse. Dies ist ein widerspruchsvoller Zustand, aus welchem selbst der Scharfsinn Jherings keinen richtigen Ausweg gefunden hat. Mag indessen auch das Römische Recht für diese Theorie angeführt werden können, jedenfalls ist sie für die heutige Zeit nicht annehmbar.

Meine eigene Ansicht über den Grund des richterlichen Besitzschutzes für die heutige Zeit will ich der Zweckmäßigkeit halber erst bei der Kritik des Entwurfs darstellen und begründen, ich will aber gleich hier bemerken, daß eine jede solche Ansicht, wenn sie Anspruch auf Richtigkeit machen will, sich mit den Fundamentalsätzen unseres bürgerlichen Rechts nicht in Widerspruch setzen darf. Thut sie es dennoch, so ist sie von vornherein verloren. Dahin gehört vor Allem, daß der Besitz lediglich ein thatsächliches Verhältniß, und nicht ein Recht, weder ein absolutes, noch ein relatives, auch nicht einmal ein ganz schwaches Recht ist. Das subjektive Recht ist ein nach Grundsätzen der Gerechtigkeit erworbenes Gut. Was ist das aber für ein Recht, welches durch eigenes Verbrechen erworben und durch fremde Verbrechen verloren werden kann? Dahin gehört ferner das Verbot der eigentlichen Selbsthülfe im Gegensatz zur Erlaubtheit des Selbstschutzes gegen Angriffe Dritter auf ein bestehendes Gut, und es wird daher wohl stets die Selbstvertheidigung eines bestehenden Besitzes gegen Angriffe Dritter, nicht aber die Selbsthülfe behufs Wiedererlangung eines nicht mehr bestehenden, sondern verlorenen Besitzes gestattet werden können.

Zweiter Abschnitt.

Kritik und Vorschlag.

A. Besitz und Inhabung.

§ 7.

Der Entwurf setzt an die Stelle des einheitlichen Besitzbegriffs zwei Begriffe, den Besitz und die Inhabung, und baut auf sie beide die ganze Lehre auf. Ich kann es mir nicht versagen, hier nochmals der ungemeinen Fülle von Scharfsinn und Fleiß rühmend zu gedenken, mit welchen dieser Bau aufgeführt und bis ins Kleinste

ausgearbeitet ist, allein ich kann andererseits doch auch nicht unerwähnt lassen, daß die ganze Grundlage dieser Zweitheilung eine durchaus verfehlte ist, und zu unzweideutig ausgesprochenen Konsequenzen führt, welche man selbst bei Laien nicht äußern darf, ohne bei denselben die höchsten Bedenken zu erregen. Nach dem Entwurfe wird unterschieden zwischen Besitz und Inhabung[4]). Der Besitz ist die thatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille). Die Inhabung aber ist lediglich die thatsäche Gewalt über die Sache. Ob die Inhabung mit einem Inhabungswillen versehen sein müsse, läßt der Entwurf absichtlich unentschieden, er überläßt die Beantwortung dieser Frage der Doktrin (Mot. S. 81). Der Besitzer wird nicht als solcher, sondern als Inhaber geschützt, und der Inhaber als solcher, und nicht als Besitzer. Der Besitz hat nur für das Eigenthum, namentlich für Vindikation, Ersitzung, Tradition, Okkupation und Dereliktion ein Interesse. Die Vorschriften über den Besitz dienen nur den Eigenthumsnormen, und nicht den Normen über Besitz- oder Inhabungsschutz. „Die Inhabung ist zwar ein Thatbestandsmoment und nicht eine Art des Besitzes mit besonderem Willensinhalte; aber es werden doch auf die Inhabung, sofern dieselbe in einer bewußten und gewollten thatsächlichen Gewalt besteht, die Vorschriften über Fortsetzung und Ende des Besitzes von der analogen Anwendung nicht auszuschließen sein, und wird so eine Lücke, welche in dem Mangel an Bestimmungen über Fortsetzung und Ende der Inhabung gefunden werden könnte, sich ausfüllen."

Nach den Ausführungen über die rechtliche Natur des Besitzes (§§ 3, 4) kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Inhabung des Entwurfs, d. h. die thatsächliche Gewalt einer Person über eine körperliche Sache ein Thatbestandsmoment des Besitzes bildet, aber für sich allein verdient sie keinen possessorischen Schutz. Die ganze Theorie des Entwurfs scheitert, wenn man ihre Richtigkeit auch nur an einem von hunderten von Fällen des täglichen Lebens prüft. Die Köchin, welcher die Besorgung der Küche ausschließlich anvertraut ist, ist unzweifelhaft Inhaberin aller Kochgeschirre, denn sie hat die thatsächliche Gewalt über dieselben. Packt sie eines Tags Porzellan und Gläser auf und geht davon, so darf sie nach dem Entwurfe von der

[4]) Die Mängel dieser Terminologie sind bereits von Gierke, S. 74 ff., 277 ff., Bähr, S. 99 ff. und Wendt, S. 153 ff. gerügt.

Herrschaft nicht daran gehindert werden, und wenn ihr das Gestohlene dennoch abgenommen wird, so genießt sie nach dem Entwurfe richterlichen Besitzschutz, und die verklagte Herrschaft kann ihr den Diebstahl nicht entgegensetzen, weil petitorische Einreden im Possessorium ausgeschlossen sind. Was würde ein Laie hierzu sagen?[5])

Wenn man von dem Besitz als solchem ein klares Bild geben will, so darf man ihn nicht als Thatbestandsmoment des Eigenthumserwerbs oder Eigenthumsverlustes erörtern. Bei einer solchen Behandlung sind Irrthümer unvermeidlich, und man muß daher die im ersten Theil des Abschnitts von Besitz und Inhabung für den Besitz als Eigenthumsstufe gegebenen Normen aus diesem Abschnitte ausscheiden.

Der Entwurf selbst gibt keine eigentliche Definition des Besitzes, weil er die Möglichkeit einer in legislativer Beziehung genügenden und nicht mißzuverstehenden Definition bezweifelt. Er beschränkt sich daher darauf, Bestimmungen über Erwerbung, Fortsetzung und Ende des Besitzes zu geben. Hierbei läßt sich zunächst ein praktischer Einwand nicht unterdrücken. Eine Bestimmung über die Fortdauer des Besitzes gibt der Entwurf eigentlich nur im § 806, indem er vorschreibt, daß der Besitz bis zum Eintritt einer Verlustthatsache fortdaure. Wird nun die praktische Frage gestellt, ob Jemand gegenwärtiger Besitzer sei, so müßte nach dem Entwurf immer die Erwerbung, also die erste Besitzergreifungshandlung nachgewiesen werden, was wohl nur in den seltensten Fällen möglich sein wird. Augenscheinlich muß man auch Handlungen der Ausübung eines bestehenden Besitzes zum Beweis desselben zulassen.[6]) Die Hauptsache ist indessen,

[5]) Inzwischen haben auch Wendt und Meischeider sehr zutreffende Beispiele angeführt, welche den Widerspruch jener Theorie mit den Auffassungen des Lebens darthun.

[6]) Die Motive betrachten im § 806 keineswegs eine Präsumtion der Fortdauer des Besitzes in Ansehung der Beweislast aufgestellt, verlangen vielmehr vom Besitzkläger den Beweis seines Besitzes zu dem gerade relevanten Zeitpunkte. Sie finden in jenem Paragraphen nur ausgesprochen, daß es zur Fortdauer des Besitzes nicht erforderlich sei, daß der Anfangsthatbestand in jedem ferneren Momente vorhanden wäre. Was heißt das: Anfangsthatbestand? Dieser wird doch durch die Inhabung und den Besitzwillen erschöpft. Nach den Motiven muß Inhabung zur entscheidenden Zeit bewiesen werden, der Besitzwille aber wird präsumirt oder gar fingirt, wenn sein Vorhandensein zur Zeit des Besitzerwerbs vorhanden war. Ich will keineswegs den hierin gelegenen gesunden Kern verkennen, wonach für den Beweis etwa des Eigenthumbesitzes zu einer be-

daß sich eine vollständige Definition des Besitzes sehr wohl geben läßt. Gelingt dies, so ist das Gesetz jeder weiteren Vorschrift über Erwerbung, Fortdauer und Beendigung des Besitzes als eines thatsächlichen Zustandes überhoben, und es kann die Anwendung der gegebenen Begriffsbestimmung getrost der juristischen Bildung und der Lebenserfahrung der Richter und Anwälte überlassen. Aber auch die Vorsicht gebietet aus zweierlei Gründen die möglichste Vermeidung jedes Details und jeder Exemplifikation. Denn nicht nur, daß sich dadurch bei der Formulirung der einzelnen Rechtssätze die Gefahren der Unklarheit steigern, so fehlt es auch dem Gesetzgeber auf den Gebieten, in welchen er mit dem bisherigen Rechte in wesentlichen Beziehungen brechen, und neue Rechtsideen einführen zu müssen der Ansicht ist, an hinlänglicher Erfahrung und einer das ganze Gebiet beherrschenden klaren Uebersicht. Gerade die vom Entwurf gelieferte Bearbeitung der Lehre von Besitz und Inhabung soll uns in dieser Beziehung ein warnendes Beispiel sein. Nur wo die Gefahr eines Mißverständnisses oder einer unrichtigen Anwendung des allgemeinen Satzes allzugroß ist, muß eine Aufklärung durch Spezialbestimmungen eintreten. Die Vorschriften des Entwurfs über Besitzerwerb und Besitzverlust sind, abgesehen von der Frage ihrer Richtigkeit oder Unrichtigkeit im Einzelnen, prinzipiell überflüssig, weil sie sich bei einer richtigen Anwendung des Besitzbegriffs von selbst ergeben müssen. Dies trifft die §§ 797, 802—806, 808—813.

§ 797. „Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille).“

§ 802. „Der Besitz einer Sache kann ohne den Willen des bisherigen Besitzers von einem Anderen nur durch solche Handlungen erworben werden, durch welche dem bisherigen Besitzer der Besitz entzogen wird.“

Nach den Motiven soll durch diese Vorschrift nur eine Konsequenz des Besitzbegriffs gezogen und der Ausschluß der Compossessio

---

stimmten Zeit der Besitzer neben dem Beweise der Inhabung zu dieser Zeit die Qualität seines Besitzes als Eigenthumsbesitz mit Urkunden darthun kann, welche über seinen Besitzerwerb vor zehn Jahren errichtet worden sind, allein ein Bedürfniß zu einer Präsumtion in dieser Richtung liegt um so weniger vor, als nach der Civilprozeßordnung die richterliche Ueberzeugung von der Existenz einer Thatsache an solche positive Momente nicht gefesselt werden kann.

in solidum ausgesprochen worden. Sie ist gänzlich überflüssig, und bedarf jedenfalls, um dem Verständniß näher gebracht zu werden, einer völlig anderen Formulirung.

§ 803. „Mittels Uebergabe wird der Besitz einer Sache erworben, wenn der Besitz von dem bisherigen Besitzer dem Erwerber eingeräumt und von diesem ergriffen wird.

Die Willenserklärung des bisherigen Besitzers, daß er den Besitz einräume, und die Willenserklärung des Erwerbers, daß er den Besitz ergreife, genügen für den Erwerb des Besitzes, wenn der Erwerber sich thatsächlich in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache beliebig auszuüben."

Reine Konsequenz des Besitzbegriffs und darum für ein Gesetzbuch beschwerend. Das einzig Interessante ist der Begriff des „thatsächlich in der Lage Befindens, die Gewalt über die Sache beliebig auszuüben." Allein selbst die Motive geben uns keine weiterreichende Aufklärung.

§ 804. „Die in der Inhabung eines Anderen befindliche Sache kann von dem Besitzer einem Dritten dadurch übergeben werden, daß der bisherige Besitzer den Inhaber anweist, die thatsächliche Gewalt fortan für den Dritten auszuüben, und dieser gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Inhaber den Besitzwillen erklärt. Der Besitz wird von dem Dritten nicht erworben, wenn der Inhaber unverzüglich nach dem Empfange der Anweisung gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Dritten der Anweisung widerspricht."

Dies sind Eigenthumsnormen; für den Besitz und Besitzschutz können sie keine unmittelbare Geltung haben. Zu welchen Resultaten würden sie führen? Wenn der Eigenthumsbesitzer eines verpachteten Guts dasselbe verkauft, so bedarf er behufs Uebertragung des Besitzes, soweit er ihm am Pachtobjekt überhaupt noch zusteht, an den Käufer der Mitwirkung des Pachtbesitzers keineswegs. Verkäufer und Käufer werden sich, wenn sie es nicht schon vorher gethan haben, auf das Gut begeben, die Gebäude mehr oder weniger eingehend in Augenschein nehmen, es werden Aeußerungen wegen Uebergabe und Uebernahme des Guts gethan werden und es wird insbesondere beim Käufer das Besitzesbewußtsein hinlänglich sich ausbilden. Damit ist der Besitz erworben. Der Pachtbesitzer braucht gar nicht gefragt zu werden, und sein etwaiger Widerspruch gegen den beabsichtigten Besitzwechsel ist gänzlich einflußlos. Würde er demnächst den neuen Besitzer an der Vornahme einer nothwendigen Reparatur der Gebäude

hindern, so stört er damit dessen Besitz und begründet für ihn Selbstschutz und gerichtlichen Schutz.

§ 805. „Die Uebergabe einer in der Inhabung des Besitzers befindlichen Sache an einen Anderen kann, wenn der Besitzer auf Grund eines zwischen ihm und dem Anderen bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses befugt oder verpflichtet ist, die Sache als Inhaber zu behalten, dadurch bewirkt werden, daß der bisherige Besitzer im Einverständnisse mit dem Anderen diesem den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt fortan für denselben auszuüben.

Ist der bisherige Besitzer berechtigt, den Anderen in Ansehung des Besitzerwerbs zu vertreten, so genügt zum Besitzerwerbe des Anderen jede Handlung des bisherigen Besitzers, durch welche der letztere den Willen kundgiebt, die thatsächliche Gewalt fortan für den Anderen auszuüben."

Auch dies sind Eigenthumsnormen; sie betreffen das constitutum possessorium, gegen dessen Anwendung in einzelnen Fällen das Leben bekanntlich eine große Abneigung hat. Für den Erwerb des Besitzes als solchen ist es aber ein ganz harmloses Institut, und das Gesetz würde sich gewiß einer grundlosen Eigenmacht schuldig machen, wenn es den schuldlosen Besitz mit der Fessel des § 805 nur deshalb belegen wollte, um den entfernteren Verwandten des Besitzes, das Eigenthum, in seiner Freiheit zu beschränken. Für den Besitzerwerb ist das constitutum possessorium nur ein Akt der Stellvertretung. Die Motive erkennen denn auch selbst an, daß es für den Besitz in seiner Eigenschaft als das die Beklagtenrolle und die Beweislast bei der Eigenthumsklage bestimmende Moment, sowie als das durch die Besitzesklage zu schützende Gut keinem Bedenken unterliege (Mot. S. 98). Diese Anerkennung ist der sprechendste Beweis dafür, daß der § 805 aus dem Abschnitt vom Besitz auszuscheiden hat.

§ 806. „Der Besitz dauert fort bis zum Eintritt einer Thatsache, welche nach den Vorschriften der §§ 807 bis 813 die Beendigung des Besitzes bewirkt."

Diese Vorschrift ist, insoweit sie vom Besitzbegriffe abweicht, unrichtig (S. auch oben Note 3). Dagegen fordert die wirthschaftliche Natur im Gegensatz zur physischen Natur des Besitzes allerdings eine Erläuterung dahin, daß mit dem Verluste des Besitzesbewußtseins in Folge eines physischen Mangels des Besitzers der Besitz nicht verloren gehe (vergl. § 5). Doch ist diese Erläuterung am zweckmäßigsten mit dem § 809 Entw. zu verbinden.

§ 808. „Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer den Willen erklärt, die Sache nicht mehr als die seinige zu haben (Aufgeben des Besitzes).“

Nach dem Begriffe des Besitzes ist diese Bestimmung durchaus überflüssig. Denn mit dem Wegfall eines Thatbestandsmoments des Besitzes als eines faktischen Zustandes fällt dieser selbst weg.

§ 809. „Auf das Aufgeben des Besitzes durch eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person finden die Vorschriften über das Aufgeben von Rechten durch ein von einer solchen Person vorgenommenes Rechtsgeschäft, auf das Aufgeben des Besitzes durch einen Vertreter die Vorschriften über das Aufgeben von Rechten durch ein von dem Vertreter vorgenommenes Rechtsgeschäft entsprechende Anwendung.“

Mit dem materiellen Inhalt dieses Paragraphen muß man durchaus einverstanden sein, allein er ist nicht erschöpfend, und birgt wegen seiner Gleichstellung des Besitzes mit Rechten und wegen seiner Bezugnahme auf Rechtsgeschäfte und die von denselben geltenden Vorschriften, da doch der Besitz an sich kein Recht und die Aufgabe des Besitzes an sich kein Rechtsgeschäft ist, allerlei Gefahren in sich, welche nach Möglichkeit zu vermeiden sein möchten. Zunächst muß bemerkt werden, daß durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Besitzers der Besitz nicht verloren wird. Sodann kann man anordnen, daß eine geschäftsunfähige oder in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters ihren Besitz nicht aufgeben kann. Was dagegen die Aufgabe des Besitzes durch den Stellvertreter betrifft, so genügt die allgemeine Bemerkung des Gesetzes, daß beim Besitz Vertretung zulässig sei.

§ 810. „Der Besitz wird beendigt, wenn dem Besitzer die thatsächliche Gewalt entzogen wird. Durch eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Behinderung, die thatsächliche Gewalt auszuüben, wird der Besitz nicht beendigt.“

§ 811. „Der Besitz wird dadurch nicht beendigt, daß ein Anderer die thatsächliche Gewalt über die Sache mit dem Willen erlangt, die Gewalt für den Besitzer auszuüben.“

Der Inhalt beider Paragraphen ist doch gar zu selbstverständlich, als daß er vom Gesetz noch einmal besonders bestätigt werden müßte. Gerade die Motivirung des § 811 durch die Motive

(S. 104b) läßt erkennen, daß das Resultat ein unzweifelhaftes ist, und daß man nur zu seiner Erzielung zweierlei Wege einschlagen könne.

§ 812. „Der Besitz eines Grundstücks wird dadurch, daß ein Anderer die thatsächliche Gewalt über dasselbe ausübt, nicht beendigt, wenn der bisherige Besitzer oder, sofern dieser das Grundstück nicht selbst innehatte, der bisherige Inhaber sofort nach erlangter Kenntniß von den Besitzhandlungen des Anderen die thatsächliche Gewalt sich wiederverschafft."

Diese Bestimmung ist in Bezug auf das, was sie direkt sagt, völlig richtig, allein ihre Motivirung und das, was sie indirekt sagt, ist unrichtig. Der Besitz soll nicht verloren gehen, allein ein Wechsel der Inhabung sei nicht zu leugnen, und andererseits setze sich in dem Wiederbemächtigungsrechte die frühere Inhabung in gewisser Weise fort, während die neue Inhabung geschwächt sei. Diese Lage rechtfertige es, die neue Inhabungsergreifung nicht als ein definitives factum contrarium anzusehen, ebensowenig aber könne einstweilen die Inhabung bedingungslos dem bisherigen Besitzer zugesprochen werden. Erst der Zeitpunkt der Kenntniß des bisherigen Besitzers von der Zwischeninhabung und der der Wiederverschaffung sei entscheidend. Trete letztere ein, so sei der Besitz nicht als unterbrochen anzusehen. Indirekt wird damit aber gesagt, daß wenn demnächst von dem Wiederbemächtigungsrechte kein Gebrauch gemacht werde, der Besitzverlust als schon in dem Zeitpunkte eingetreten anzusehen sei, in welchem der Besitzstörer die Inhabung ergriffen habe, und nicht erst in dem Moment, in welchem der Besitzer von der Eigenmacht des Andern Kenntniß erlangt und von einer Wiederbemächtigung abgesehen habe. Wir werden weiter unten sehen, daß der Besitzverlust in Wahrheit erst in diesem letzteren Zeitpunkte eintreten kann, und es soll hier nur darauf hingewiesen werden, daß die Annahme eines bedingten Besitzverlustes oder einer bedingten Besitzaufrechterhaltung juristisch in keinerlei Weise gerechtfertigt zu werden vermag. Uebrigens gilt diese ganze Begründung nur dem Verluste des Besitzes als Eigenthumsstufe, und nicht dem Verluste der Inhabung als eines schutzbedürftigen Verhältnisses. Denn im § 815, Abs. 3 spricht der Entwurf von dem Wiederbemächtigungsrecht des Inhabers: „Ist die thatsächliche Gewalt über ein Grundstück dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht entzogen —." Der Entwurf nimmt also hier einen unbedingten Verlust der Inhabung selbst für den Fall später eingetretener Wiederbemächtigung an.

§ 813, Abs. 1. „Wird die thatsächliche Gewalt für den Besitzer durch einen Anderen ausgeübt, so wird der Besitz dadurch nicht beendigt daß der Inhaber stirbt oder geschäftsunfähig wird."

Ich halte zwar diese Bestimmung für äußerst selbstverständlich, habe aber auch keine Bedenken gegen ihre Aufnahme. Vielleicht läßt sie sich kürzer formuliren, etwa dahin: „Der Besitz endigt nicht mit dem Tode oder der Geschäftsunfähigkeit des Vertreters."

Dagegen muß man sich mit aller Entschiedenheit verwahren gegen

§ 813, Abs. 2. „So lange der Inhaber die thatsächliche Gewalt behält, wird durch eine Handlung desselben der Besitz nur dann beendigt, wenn der Inhaber gegenüber dem Besitzer den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt nicht mehr für den Besitzer, sondern für sich oder einen Dritten auszuüben."

Denn es mag das Gemeine Recht in dieser Beziehung gestaltet sein, wie es will, jedenfalls ist für unser heutiges Rechtsbewußtsein der Gedanke unerträglich, daß der Besitzer einer Sache seinen Besitz durch kontrektatorische Handlungen seines Vertreters, Verwalters, Dienstboten und aller derjenigen Personen, die in der Lage sind, die thatsächliche Gewalt über eine Sache ihrer Herrschaft auszuüben und die der Entwurf unter den Inhabern versteht, verlieren, und weder zum Selbstschutz noch zum gerichtlichen Schutz berechtigt sein soll. Keine Bestimmung des ganzen Entwurfs wird den Widerspruch des Volkes in allen seinen Schichten so sehr hervorrufen, wie diese, und die Gesetzgebung wird gewiß genöthigt sein, sie zu beseitigen, — damit aber auch die ganze Grundlage der Lehre des Entwurfs von Besitz und Inhabung zu Gunsten der Wiedereinführung des einheitlichen Besitzbegriffes zu opfern. Die dem ungetreuen Vertreter zur Pflicht gemachte Höflichkeit der Anzeige seiner Kontrektationsabsicht an seinen vertrauensseligen Prinzipalen hat doch nicht den geringsten Werth, denn es wird für diesen ganz gleichgültig sein, ob er heute oder in vierzehn Tagen erfährt, daß er seinen Besitz verloren hat, und ihn sich weder durch Eigenhülfe, noch durch Gerichtshülfe wieder verschaffen kann. Ist er recht klug, so wird er bei Entstehung seines Verdachts der Kontrektationsabsicht seines Vertreters sofort die Sache wieder zu erlangen suchen; kommt dann der Vertreter mit jener Erklärung, so kommt er damit zu spät. Der kluge Vertreter wird aber mit seiner Erklärung dem Prinzipale zuvorzukommen suchen. Wenn er aber auch eine Minute zu spät kommt, so kann

er sich auf § 814 berufen, wonach der Prinzipal ohne den Willen des Vertreters diesem die Inhabung nicht entziehen darf. Dies sind Wirrnisse, die für den Verkehr unerträglich sind.

Meines Erachtens genügt für die Praxis die Aufstellung einer erschöpfenden Definition des Besitzbegriffs und die Hervorhebung der Arten des Besitzes, wie sie im Leben vorzukommen pflegen. Eine Definition dieser Arten ist unnöthig. Und schließlich genügt die Erwähnung der Zulässigkeit der Stellvertretung beim Besitz, d. h. bei der Erwerbung, der Ausübung und dem Verlust des Besitzes, und die Beifügung einzelner Erläuterungen. Ich beantrage daher, die §§ 797—813 zu streichen und an ihre Stelle folgende Bestimmungen zu setzen:

§ 797.

Der Besitz ist die bewußte ausschließliche natürlich-wirthschaftliche Herrschaft einer Person über eine körperliche Sache.[7])

§ 798.

Der Besitz ist entweder Eigenbesitz oder fremder Besitz.

Der Eigenbesitz kann Eigenthumsbesitz, Nießbrauchsbesitz, Gebrauchsleihebesitz, Mieth- und Pachtbesitz, Pfand- und Retentionsbesitz, Verwaltungsbesitz, Verwahrungsbesitz, Verantwortlichkeitsbesitz, Besitz auf Widerruf und Besitz zur Befriedigung jedes anderen wirthschaftlichen Interesses sein.

Der Besitz ist entweder Vollbesitz oder Theilbesitz, Alleinbesitz oder Mitbesitz[8]), ein thätiger oder ein ruhender, und ein ungestörter oder gestörter.

[7]) Damit fällt auch § 798 Absatz 1: „Besitz einer Sache ist nur insoweit möglich, als Eigenthum an der Sache möglich ist." Darnach ist auch der Besitz an einer Wohnung, an Räumen und an einzelnen beliebigen Stellen eines Hauses möglich. Es fällt auch Abs. 2: „An wesentlichen Bestandtheilen einer Sache findet ein von dem Besitze der letzteren abgesonderter Besitz nicht statt," und es wird daher der Besitzer eines in einen fremden Wagen eingefügten Rades seinen Besitz daran nicht verlieren. Dem s. g. Rechtsbesitz ist durch obige Definition in vollständiger Weise Rechnung getragen. — Ferner fällt auch § 807: „Der Besitz wird beendigt, wenn er in Gemäßheit des § 798 unmöglich wird," und schließlich werden die vom Erwerb, von der Fortdauer und vom Verlust des Besitzes redenden §§ 797, 802—806, 808—813 überflüssig.

[8]) Damit wird der § 799: „Eine Sache kann von Mehreren in Gemeinschaft besessen werden," überflüssig.

§ 799.

Eine geschäftsunfähige Person kann, insoweit ihr im Einzelfall Besitzesbewußtsein zusteht, Besitz erwerben.[9])

§ 800.

Beim Besitz ist Vertretung zulässig.

§ 801.

Durch Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Besitzers wird dessen Besitz nicht verloren.

Eine geschäftsunfähige oder in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkte Person kann ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters ihren Besitz nicht aufgeben.[10])

§ 802.

Der Besitz eines Vertretenen endigt nicht mit dem Tode oder der Geschäftsunfähigkeit des Vertreters.

B. **Besitzschutz.**

I. **Grund des Besitzschutzes.**

§ 8.

Im § 4 haben wir gesehen, daß der Besitz ein wirthschaftliches Gut ist, und wie er die Bedürfnisse des Menschen zu befriedigen und dessen Wohlbefinden herbeizuführen vermag. Jetzt haben wir eine Kehrseite, den Verlust eines gehabten Besitzes und zwar den nicht gewollten Verlust, in seinen Wirkungen auf den Verlierenden zu betrachten. Schon das einfache Verlegen eines im Haushalte oder für die Berufsarbeit des Besitzers mehr oder weniger unentbehrlichen

---

[9]) Kinder unter sieben Jahren werden hiernach regelmäßig an gewissen Eß- und Spielwaaren Besitz erwerben können; von dem Erwerb des Besitzes eines Grundstücks wird nicht geredet werden können. Dies erkennen auch die Motive für den Erwerb der Inhabung an (S. 85). Es wird daher § 800: „Eine geschäftsunfähige Person kann nicht durch eigene Handlungen Besitz erwerben. Eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person kann auch durch eigene Handlungen Besitz erwerben“ — wegzufallen haben.

[10]) Der § 801: „Auf den Besitzerwerb durch Vertreter finden die Vorschriften über den Erwerb aus einem von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung,“ ferner § 805 und der Nachsatz des § 809 werden überflüssig.

Gegenstandes erzeugt eine empfindliche Störung der wirthschaftlichen Ordnung; das Suchen des Besitzers und seiner Angehörigen nach ihm verursacht Arbeit, Mühe und Zeitverlust, es ist eine unproduktive Arbeit und schädigt nicht bloß die ordnungsmäßige Produktion, sondern ruft auch unangenehme seelische Empfindungen hervor, die wieder die Ursache zahlreicher anderer Nachtheile zu sein pflegen. Noch größer sind die wirthschaftlichen Nachtheile eines definitiven Besitzverlustes, und man betrachtet denselben ganz allgemein als ein wirthschaftliches Uebel. Da es ein in der menschlichen Natur tief begründetes Bestreben ist, jegliches Uebel mit aller zu Gebote stehenden Willens- und Thatkraft abzuwenden, so entspricht es auch der menschlichen Natur, allen der Besitzerhaltung und Besitzesausübung drohenden feindlichen Angriffen, sie mögen kommen, woher sie wollen, rechtzeitig vorzubeugen, eintretendenfalls sie zurückzuschlagen und im Fall des Vollzugs des Angriffs den verursachten nachtheiligen Erfolg so rasch als thunlich wieder zu beseitigen und damit jenen Angriff in seinen Wirkungen ungeschehen zu machen. Daher sehen wir denn einen außerordentlich großen Theil der menschlichen Arbeit auf die Erhaltung des Besitzstands gerichtet; Hab und Gut wird durch Anwendung großer Sorgfalt in räumlicher Ordnung gehalten und durch eine Menge von Schutzvorrichtungen sowohl gegen die zerstörenden Elementarereignisse sicher zu stellen, wie vor den eigennützigen Zugriffen der Mitmenschen zu bewahren gesucht. Die körperliche Kraft des Menschen, ohne oder mit Benutzung von Hülfswerkzeugen, ist nur eine Art jener Schutzvorrichtungen oder Schutzmittel, und finden wir es daher der menschlichen Natur vollkommen angemessen, daß der Besitzer zum Zweck der Aufrechterhaltung und Vertheidigung seines Besitzstandes die gegen diesen gerichteten Angriffe dritter Personen mit aller ihm zu Gebote stehenden Kraft zurückweise. Dies bestätigen die deutschen Sprüchwörter: „Wer mich angreift, den greif' ich wieder," und „Wie der Angriff, so der Ausgriff."[11]) Und wenn es etwa dem Angreifer im Kampfe um den Besitz einer beweglichen Sache oder in Abwesenheit des Besitzers gelungen sein sollte, den Besitz sich anzueignen, so finden wir es ebenfalls der menschlichen Natur angemessen, daß der Besitzer den Kampf alsbald fortsetze und dem Angreifer nacheile, um ihm den Besitz wieder abzunehmen. Wir erblicken in diesem Selbstschutz eines von dritter Seite angegriffenen Besitzstandes den

[11]) Wander, Deutsches Sprichwörter-Lexikon (1867) I S. 89.

Gegenstand eines natürlichen, rein menschlichen Rechts, und erkennen ein natürliches Recht auf Selbstschutz des Besitzes an. Die Frage ist nur die, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange das positive Recht den Selbstschutz anerkennen soll. Machen wir uns in dieser Beziehung schlüssig, so ergiebt sich der Grund, die Voraussetzung und der Umfang des gerichtlichen Besitzschutzes von selbst.

Vor Allem ist festzustellen, gegen welche Angriffe von dritter Seite der Selbstschutz des Besitzes gestattet werden soll, ob gegen jeden, wie immer gearteten, oder nur gegen einen besonders beschaffenen. Der Entwurf fordert einen Angriff, der den Charakter der verbotenen Eigenmacht an sich trage, und findet denselben (von besonderen gesetzlichen Bestimmungen abgesehen) in der Entziehung oder Störung der Innhabung einer Sache ohne den Willen des Innhabers (§ 814). Die Motive erkennen die Wichtigkeit einer thunlichsten Feststellung derjenigen Angriffshandlungen, welche als an sich unerlaubt zu betrachten seien, an, glauben aber, daß mit jener Bezeichnung der Begriff des unrechtlichen Besitzesangriffs vollständig gegeben sei und beschreiben denselben hie und da auch noch mit anderen Worten, wie: „so weit und so lange die Innhabung einer Person bejaht werden muß, ist jede Handlung, welche dem auf die Durchsetzung der Herrschaft über die Sache gerichteten Willen des Innhabers Zwang anthut, als vis aggressiva zu beurtheilen" (S. 111), „der Entwurf bestimmt in § 814 den Begriff der verbotenen Eigenmacht, indem er den Satz aufstellt, daß in der Regel Niemand ohne den Willen des Innhabers demselben die Innhabung entziehen oder ihn darin stören darf. Die Bedeutung dieses Satzes für den Besitzschutz besteht in der Feststellung der Voraussetzung, an welche die in den folgenden Paragraphen enthaltenen Rechtsnormen anknüpfen. Die Voraussetzung ist gegeben, wenn gegen den Innhaber eine Handlung der bezeichneten Art vorgenommen ist, welche nicht vorgenommen werden durfte. Es wird mithin nicht verlangt, daß das in § 814 enthaltene Verbot in schuldhafter Weise übertreten ist, sondern nur, daß so gehandelt ist, wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit eines jeden entschuldbaren Irrthums nicht hätte gehandelt werden sollen" (S. 110). Die vom Entwurf und den Motiven angestrebte Klarheit über den Begriff der verbotenen Eigenmacht ist m. E. nicht erreicht. Es fragt sich: genügt die objektive Entziehung oder Störung des Besitzes ohne den Willen des Besitzers, oder wird

noch ein subjektives Moment gefordert, nämlich das Bewußtsein des Entziehenden oder Störenden, daß er mit seiner Besitzergreifung den Besitz eines Anderen entziehe oder störe. Nach dem Wortlaut des § 814 würde das objektive Moment genügen, allein durch die Einkleidung der Bestimmung in das Gewand eines Verbots („Niemand darf ohne den Willen des Inhabers einer Sache demselben die Inhabung entziehen oder ihn darin stören") scheint das Bewußtsein des Unrechts gefordert zu werden. Auch noch eine dritte Auslegung wäre möglich; man kann annehmen, der § 814 enthielte die Aufforderung an Jeden, der den Besitz einer Sache ergreifen wolle, sich vorerst aufs Zuverlässigste zu erkundigen, wer der eigentliche Besitzer sei, und nach dessen Ermittelung bei ihm anzufragen, ob er die Besitzergreifung gestatte, Niemand dürfe daher ohne solche Vergewisserung, Anfrage und Bewilligung Seitens des wahren Besitzers den Besitz einer Sache ergreifen. Die Motive erschweren die Auslegung noch mehr. Sie geben zu verstehen, daß das Verbot der Eigenmacht für diejenigen nicht gelte, welche in entschuldbarem Irrthum den Besitz eines Anderen ohne dessen Willen entzögen oder störten, während sie zwei Zeilen vorher eine schuldhafte Uebertretung des Verbots nicht fordern; sie halten sonach die unbewußte Entziehung oder Störung dort nicht als verbotene Eigenmacht, hier als verbotene Eigenmacht. Und wenn sie in der Mitte zwischen beiden Aeußerungen die volle Zurechnung der Handlung fordern, so erklären sie das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit und die fahrlässige Unkenntniß der Widerrechtlichkeit der Entziehung oder Störung fremden Besitzes als nothwendiges Erforderniß des Thatbestandes der verbotenen Eigenmacht. Was ist nun der wahre Sinn der Vorschrift des § 814? Ist die lediglich objektive Entziehung und Störung fremden Besitzes verbotene Eigenmacht? Dem widersprechen die Motive allzusehr. Soll aber das Bewußtsein fremden Besitzes, Vorsatz oder Fahrlässigkeit gefordert werden, so bedürfte zur Herstellung der erstrebten Klarheit der § 814 doch wohl der Aufnahme dieser Momente. Wenn ferner S. 111 die Eigenmacht mit der vis aggressiva identifizirt und diese als eine Handlung bezeichnet wird, welche dem auf die Durchsetzung der Herrschaft über die Sache gerichteten Willen des Inhabers Zwang anthut, so würde die Entziehung oder Störung des Besitzes ohne den Willen des Inhabers zum Begriff der Eigenmacht nicht genügen, sondern es müßte eine Entziehung oder Störung gegen den Willen des Inhabers gefordert werden.

Die für die Theorie des Besitzschutzes und für das praktische Leben allerwichtigste Frage ist nun die, ob der Selbstschutz des Besitzes nur gegen die bewußte und fahrlässig nicht bewußte Entziehung oder Störung fremden Besitzes zulässig sein soll, oder schon gegen die lediglich objektive Entziehung oder Störung fremden Besitzes. Bei der theoretischen Behandlung des Besitzschutzes ist man gewohnt, stets von dem bewußten gewaltthätigen Besitzesangriff auszugehen, und dann zu lehren, daß der Besitzer berechtigt sei, Gewalt mit Gewalt abzuwehren. Allein die Fälle der bewußten gewaltthätigen Entziehung oder Störung fremden Besitzes sind (vom Diebstahl abgesehen) im Leben verhältnißmäßig selten, viel zahlreicher sind die Fälle, in welchen jeder der um den Besitz streitenden Theile sich für den Eigenthümer oder sonst Berechtigten und zugleich für den Besitzer hält, in dem Gegner aber einen Störenfried, der sich in den Besitz nur „eingestohlen" hat, erblickt, und seinen Besitz gegen den widerrechtlichen Gegner aufrecht zu erhalten bemüht ist. Zunächst wird ein Wortstreit eröffnet, der immer schärfer und grober wird, nach und nach in immer ausdrucksvollere körperliche Bewegungen übergeht und schließlich mit Mißhandlungen endigt. Man kann, selbst wenn zuverlässige Zeugen diesem Streite beigewohnt haben sollten, fast niemals zu einem sicheren Schlusse darüber gelangen, wer mit der Gewalt begonnen hat, und jeder Theil wird behaupten, er habe sich nur gegen die verbotene Eigenmacht des Gegners mit Gewalt vertheidigt oder sei einem vom Gegner geplanten Angriffe zuvorgekommen. Prozessualisch und civilrechtlich hat daher der Satz des § 815: „Der Inhaber ist berechtigt, verbotener Eigenmacht sich mit Gewalt zu erwehren", keinen sehr erheblichen praktischen Werth. Betrachten wir sodann die Konsequenzen des Satzes, wonach der Selbstschutz des Besitzes nur gegen die bewußte und fahrlässig nicht bewußte Entziehung oder Störung fremden Besitzes zulässig sein soll, so erkennen wir, daß er den Bedürfnissen des Lebens wenig oder gar nicht gerecht wird, und große Verwirrung anzurichten im Stande ist. Nach ihm müßte der in seinem Besitz objektiv gestörte Besitzer, bevor er zur Selbsthülfe schritte, sich immer erst von dem Bewußtsein und guten oder bösen Glauben des Störers überzeugen. Dies wird in continenti nicht möglich sein; er muß also, um sich bei Dritten zu erkundigen und Beweismittel zu sammeln, seinen Besitz verlassen und den Gegner längere Zeit im Besitz lassen. Damit aber verliert er seinen Besitz, und ist also zu späterer Selbsthülfe nicht berechtigt.

Weist er aber den Störer ohne jene Vergewisserung zurück und kann er im darauf folgenden Prozesse jenen Beweis nicht erbringen, dann würde seine Selbsthülfe für widerrechtlich erklärt werden müssen. Damit aber würde fast jeder Selbstschutz des Besitzes illusorisch werden. Denn es liegt zu sehr im Interesse eines Besitzergreifers, den früheren Besitz seines Gegners zu leugnen und die Priorität seines eigenen Besitzes zu behaupten, jedenfalls seine Besitzeshandlung als eine Schutzhandlung darzustellen und sein Bewußtsein fremden Besitzes in Abrede zu stellen. Der Kläger wird zwar die Priorität seines Besitzes beweisen können, wie aber will er das innere Moment des gegnerischen Bewußtseins beweisen? Auch darüber kann man ferner nicht zweifelhaft sein, daß die Zahl der Fälle bewußter oder fahrlässig nicht bewußter widerrechtlicher Entziehung oder Störung fremden Besitzes verhältnißmäßig eine kleine ist, und die gutgläubigen Besitzesentziehungen und Störungen weitaus die Mehrzahl bilden. Gerade die Irrthümer spielen bei den Besitzergreifungen eine sehr große Rolle. Wenn der bei einer Zwangsversteigerung von Grundstücken letztbietend gebliebene Steigerer nach erhaltenem Zuschlage irrthümlich von einem fremden Grundstück Besitz ergreift, entweder weil der versteigernde Beamte oder der Gläubiger dieses irrthümlich für das versteigerte ausgab, oder weil der Steigerer in der Lage des Grundstücks sich irrte, oder weil der Schuldner arglistig zur Verwechslung Anlaß gab, so müßte der geschädigte Besitzer von jeder Selbsthülfe absehen und sein Recht petitorisch verfolgen. Wenn ein Hausbesitzer „die zweite Etage seines Hauses, bestehend aus 7 Zimmern und den dazu gehörigen Kammern" vermiethet, eine spezielle thatsächliche Ueberweisung dieser Kammern aber nicht vorgenommen hat, und der Miether im guten Glauben, eine gewisse Kammer sei mitvermiethet und mitüberwiesen, solche in Besitz nimmt, so hat letzterer jedenfalls nicht im Bewußtsein fremden Besitzes dies gethan. Gleichwohl wird nach unserem Rechtsgefühl der alsbald hinzukommende Vermiether diese Inbesitznahme der Kammer als eine irrthümliche bezeichnen und seinen Besitz aufrecht erhalten können. Gegen den Wahnsinnigen, der dem Besitzer eine goldene Uhr mit Gewalt entrissen, oder der sich in der gefüllten Scheune des Besitzers, mit Feuerzeug spielend, gewaltsam festgesetzt hat, könnte Selbsthülfe nicht angewendet werden, weil er das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Besitzesstörung nicht hat. Man wird zugeben müssen, daß eine Versagung des Selbstschutzes des Besitzes in diesen und zahlreichen

ähnlichen Fällen den Bedürfnissen des Lebens durchaus widerspricht, und daß daher jener den Selbstschutz einschränkende Satz unrichtig sein muß.

In der That entspricht es denn auch dem deutschen Rechtsbewußtsein, daß sich der Besitzer gegen jede objektive Entziehung oder Störung seines Besitzes vertheidigen und selbst helfen kann. Dieses Rechtsbewußtsein spiegelt sich namentlich in Sprüchwörtern des deutschen Volkes ab. „Alle Gewalt ist Unrecht";[12] damit ist gesagt, daß auch die bloß objektive Gewalt, die von einem Wahnsinnigen, Betrunkenen oder sonst geistig Abwesenden vorgenommene Besitzesstörung oder Entziehung als ein Unrecht anzusehen sei. „Bei der gewalt hat der glaub kein gstalt;"[13] auf den guten oder bösen Glauben, auf das Bewußtsein des Besitzentziehers kann nichts ankommen. Der Besitz als solcher wird als ein sicheres, unangreifbares, mit einer gewissen Autorität versehenes Gut betrachtet. Dahin gehören die Sprüchwörter und geflügelten Worte von der beatitudo possessionis; „wer im Besitz ist, dem hilft Gott"[14]), „beater einen hebben, oasse tweie kreien"[15]); „denn was man schwarz auf weiß besitzt, kann man getrost nach Hause tragen" (Faust); „Sei im Besitze, und Du wohnst im Recht, und heilig wird's die Menge Dir bewahren" (Wallensteins Tod. I, 4). In zahlreichen Lebensverhältnissen sehen wir, daß Demjenigen, der sich bei einer Konkurrenz von Interessenten zuerst eine gewisse Stellung, einen bestimmten Stand, Sitz oder Besitz erworben hat, auf Grund seiner Priorität ein natürliches Recht auf Erhaltung und eine gewisse Unanfechtbarkeit seines Erwerbs zugesprochen wird. Es giebt kaum ein Sprüchwort, welches im Leben so häufig angewendet wird, als das des Sachsenspiegels II, 60, § 4: „Wer zuerst (zur Mühle) kommt, mahlt zuerst". Andere Sprüchwörter sind: „Der erst beim Fewr setzt sich am nächsten"; „der erst fängt an"; „der erste auf der Mühle schütt' auf"; „der erste, der zum Herd kommt, setzt sein Häfelein, wohin er will"; „der erste in der Zeit, der erste im Rechte"; „der erste krigt die erste

[12]) Günther, Plattdeutsche Sprüchwörter (Ed. Raabe, 1847), S. 723. Graf, Deutsche Rechtssprüchwörter (1864), S. 4. Wander, a. a. O. S. 1643.

[13]) Henisch, (Georg Henischii) Teutsche Sprach und Weisheit (1616), Sp. 1592. Petri, Der Teutschen Weißheit (1605). Wander, a. a. O.

[14]) Wander, a. a. O. S. 325.

[15]) Firmenich, Germaniens Völkerstimmen. Bd. I. S. 363, 37. Wander, a. a. O. S. 327.

beut"; „der erste soll der erste sein"; „die ersten gehen vor"; „die ersten machen, daß die letzten böß herberg bekommen" [16]). An den Schaltern der Post, des Telegraphen, der Eisenbahnen, an den Kassen der Theater, Konzerte und ähnlicher Anstalten, überall wird den zuerst Gekommenen der Vorzug eingeräumt, und wer sich vordrängt, hat mit dem Unmuth und dem verletzten Rechtsgefühl des übrigen Publikums zu kämpfen. Wer sich im Wirthshaus in den Besitz eines Stuhls oder in einer Wagenabtheilung des Eisenbahnzuges in den Besitz eines Platzes gesetzt hat, wird ganz allgemein als der berechtigte Besitzer angesehen, dem für die Dauer seines Aufenthalts dort und der Fahrt hier der Besitz nicht entzogen werden darf. Entfernt er sich einmal von seinem Platze, ohne seinen Besitz durch Belegen kenntlich zu machen, so handelt er zwar nicht vorsichtig, allein das anwesende Publikum vertheidigt ihn in Gedanken und Worten doch, falls inzwischen ein anderer Gast, selbst gutgläubig, von dem „besetzten" Platze Besitz genommen haben sollte. [17]) Mit derselben Autorität ist nach den Rechtsanschauungen unseres Volkes der Besitz einer Sache ausgestattet. Ganz allgemein wird der Besitz des ersten Erwerbers als Besitzers geachtet, man fragt nicht, wie oder woher, ob mit Recht oder mit Unrecht er ihn erworben habe, die vollendete Thatsache wird respektirt, man muthet dem gestörten Besitzer nicht zu, den langwierigen und im Resultat unzuverlässigen gerichtlichen Prozeß ums Recht an der Sache zu führen, sondern empfiehlt ihm gerade zu, sich selbst zu helfen und nöthigen Falls Gewalt zu gebrauchen. Auch dies offenbart sich in einer Reihe von Sprüchwörtern des deutschen Volkes. „Eine Handvoll Gewalt ist besser als ein Sack voll Recht"; „wer ohne Gewalt rechtmäßig procedirt, der gewiß rechtmäßig seine Sache verliert"; „wer Gewalt hat, nimmt hinweg und läßt die Rechtsgelehrten vertheidigen" [18]). Wenn wir bei einer Reihe von Lebensverhältnissen das zuerst begründete und annoch bestehende als verdientermaßen schutzberechtigt auch gegenüber Demjenigen erklärt sehen, der von dessen Dasein keine Kentniß hat, warum soll dieses Rechtsbewußtsein vor dem mit qualitativ gleichen Interessen ausgerüsteten Besitz einer körperlichen Sache Halt machen und sich nicht

[16]) Diese von vielen Sammlern und Schriftstellern bezeugten Sprüchwörter finden sich in ganz Deutschland. Vergl. Wander, a. a. O. S. 849.

[17]) Auch im Thierleben sehen wir den Sinn für die Achtung fremden Besitzes vielfach sehr entwickelt.

[18]) Wander, a. a. O. S. 1643, 1648 — und die dort Citirten.

auch auf ihn erstrecken? Einen durchschlagenden Rechtfertigungsgrund wird man nicht angeben können.

So sehen wir denn, daß nach dem Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes der Besitzer ein natürliches Recht hat, sich in seinem Besitze gegen jeden Versuch eines Dritten, ihm den Besitz ganz oder theilweise zu entziehen, mittelst eigener Kraft zu schützen. Ein natürliches Recht auf den Besitz ist damit nicht anerkannt, und das Recht zum Selbstschutz erlischt mit dem Verluste seines Besitzes. Ein natürliches Recht auf Selbsthülfe zum Zweck der Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes kann ihm lediglich auf Grund seines gehabten Besitzes nicht zuerkannt werden. Selbsthülfe in solchem Falle kann, und dies wird auch von der positiven Gesetzgebung als Fundamentalsatz der bürgerlichen Rechtsordnung anerkannt, nur dann gestattet sein, wenn ein anderer wichtiger Umstand konkurrirt, wenn nämlich, wie der Entwurf im § 189 sagt, „obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und der Berechtigte ohne sofortiges Eingreifen Gefahr läuft, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.“ Der Selbstschutz des Besitzes kann daher nur Selbstvertheidigung und niemals Selbsthülfe im engeren Sinn des Wortes sein. Dieses natürliche Recht der Selbstvertheidigung des Besitzes muß nun aber, und darüber wird nach dem Vorausgegangenen kein Zweifel mehr obwalten, auch vom positiven Rechte anerkannt werden müssen, und etwa dahin zu formuliren sein: „Der Besitzer einer Sache ist berechtigt, sich gegen Angriffe Dritter in seinem Besitze zu schützen.“ Dieser allgemeine Satz genügt fürs Erste; Näheres muß der Besprechung des § 815 vorbehalten bleiben.

Wie kommt es aber, daß sich das positive Recht des verletzten Besitzers annimmt und einen gerichtlichen Schutz ihm gewährt? Warum verweist es ihn nicht lediglich auf seine eigene Vertheidigung? Das Gesetz schützt doch sonst nur Rechte, und der gerichtliche Schutz wird doch sonst nur dem Berechtigten und in seinem Rechte Verletzten zu Theil. Der Besitz ist aber kein Recht, er ist nicht Eigenthum, nicht dingliches Recht; er ist zwar ein wirthschaftliches Gut, aber ein bloß thatsächliches Verhältniß, einerlei ob rechtlich oder widerrechtlich entstanden; der Besitzer kann an der Sache weder Nießbrauch, noch Pfandrecht, noch sonstige dingliche Rechte bestellen, ja man sieht dem Besitze vielfach gar nicht einmal an, zu welchem wirthschaftlichen Zwecke er vom Besitzer gehalten wird. Alle Versuche, den Besitz zu einem, wenn auch noch so schwachen Rechte zu erheben, sind bis jetzt

gescheitert. Was ist also der Grund des gerichtlichen Besitzschutzes? Die Motive haben ihn m. E. ganz richtig erkannt, wenn sie ihn als einen Ersatz des Selbstschutzes ansehen. „Durch die Besitzklagen soll derjenige Zustand wiederhergestellt werden, welcher durch erlaubte Gewalt hätte aufrecht erhalten oder wiederhergestellt werden dürfen, wenn der Inhaber im richtigen Zeitpunkte hierzu Willens und im Stande gewesen wäre" (S. 109 d. E.) „Die Vorschriften des Entwurfs über die Besitzklagen stehen mit den Vorschriften über die Vertheidigung und Selbsthülfe des Inhabers in einem engen inneren Zusammenhange. Die gesetzliche Erlaubniß zur Gewaltanwendung giebt einen sehr unsicheren Schutz. Man darf an die Versäumung der Gewaltanwendung Nachtheile nicht knüpfen; auch ist der Erfolg der Gewaltanwendung ein sehr ungewisser. Es muß deshalb der Beistand des Staates hinzutreten." So sehr die Selbstvertheidigung im Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes als Recht angesehen wird, so wenig reicht sie im praktischen Leben zum Schutze des Besitzes aus. Frauen und Schwache können nicht zur Gewalt gereifen; „Gewalt zeigt den Mann"; „die Gewalt haben, die handeln mit Gewalt, die Schwachen handeln mit Recht." Wer sich mit Gewalt vertheidigen muß, geräth leicht in Leidenschaft und handelt unbesonnen und zu seinem Nachtheile. „Gewalt und Zorn machen alle Dinge verworr'n"; „Gewalt wird leicht vermessen"; „Gewalt bringt viel Reuen". Das öffentliche Interesse fordert zudem dringend, daß die Gewalt möglichst vermieden und an ihrer Stelle der richterliche Schutz aufgesucht werde. „Besser der Gewalt mit dem Rechte widerstehen, als mit dem Eisen".[19]) So handelt also der Staat einestheils recht und billig, wenn er zur Ausgleichung des natürlichen Kräfteunterschieds seiner Angehörigen den Schwachen im Kampf um ihren Besitz zur Seite steht, anderntheils edel, wenn er sie vor den nachtheiligen Folgen einer unbesonnenen Gewaltanwendung befreit, und schließlich in seinem eigenen Interesse, wenn er durch die Aussicht auf Gewährung seiner Hülfe den inneren Frieden aufrecht zu erhalten sucht. Dies sind nach meiner Ansicht die Gründe des richterlichen Schutzes eines verletzten Besitzes.

Diese Auffassung, wonach der richterliche Schutz nur ein Ersatz für die Selbstvertheidigung behufs Aufrechterhaltung eines angefochtenen Besitzes ist, hat denn, ihre hochbedeutsamen praktischen Folgen.

[19]) Alle diese Sprüchwörter finden sich bei **Wander** a. a. O. S. 1643 ff. angeführt.

Zunächst kann er prinzipiell nicht gewährt werden behufs Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes. Ist der Besitz einmal verloren, so findet, abgesehen von den allgemeinen Normen der Selbsthülfe (§ 189 Entw.) eine Selbsthülfe auf Grund des einmal gehabten Besitzes nicht statt. Der Selbstschutz des Besitzes ist nur Selbstschutz im Besitz, nur Selbstvertheidigung des Besitzes. Im Fall des Angriffs eines Besitzes von dritter Seite ist der Besitz aber nicht schon dann verloren, wenn im hin- und herwogenden Kampfe der Parteien der Angreifer die Sache dem Besitzer einmal abgenommen, oder ihn aus dem Hause verdrängt hat, und der Verdrängte erwirbt nicht einen verlorenen Besitz wieder, wenn ihm bei alsbaldigem Wiederangriff die Wiedereroberung des Streitgegenstandes gelungen ist, die Besitzfrage gilt vielmehr erst mit dem definitiven Resultat des durch Abzug des Einen oder des Anderen beendigten Kampfes als gelöst, und der angegriffene Besitzer bleibt Besitzer, wenn er seinen Besitz behauptet hat, und er hat ihn an den Andern verloren, wenn er die Fortsetzung des Kampfes entweder ganz aufgegeben, oder auch nur auf spätere Zeiten vertagt hat. Der Verlust des Besitzes durch Abstehen vom Kampfe wird durch das Sprüchwort: „wer zur Gewalt schweigt, der verliert seine Rechte"[20]) gekennzeichnet. Soll nun der gerichtliche Schutz ein Ersatz für die Selbstvertheidigung sein, so müßte prinzipiell der angegriffene Besitzer alsbald nach erlittenem Angriff, statt Freunde und Nachbarn, das Gericht angehen. Dieses ist aber nicht sofort mobil, es wird überhaupt nur thätig auf erhobene Klage, zur Klageanstellung gehört sachgemäße Vorbereitung und Sammlung der Beweismittel, und dies Alles nimmt nothgedrungen eine längere Zeit in Anspruch. Scheinbar hat ein natürlicher Besitzverlust und Besitzwechsel stattgefunden, in Wahrheit aber nicht; es ist nur eine Pause im Kampfe eingetreten, der verdrängte Besitzer rüstet sich durch Anrufung richterlicher Hülfe zu neuem Kampfe, er bereitet sich zum Wiederangriff vor, ist fortwährend aktuell und nur von der schweren Beweglichkeit seines neuen Hülfsmittels, der gerichtlichen Verhandlung, Entscheidung und Zwangsvollstreckung abhängig. Geht dies Alles mit einer gewissen Kontinuität vor sich, so kann man im Fall der gerichtlichen Wiedereinführung des Besitzers in den vollen Umfang seines Besitzes nicht von einer Unterbrechung oder einem inzwischen eingetretenen Verluste des Besitzes reden, sondern nur von

[20]) Wander, a. a. O. S. 1648.

einem längeren Kampfe um den Besitz. Die Besitzklage hat daher nicht den Charakter einer auf Wiedergewinnung eines verlorenen Besitzes, sondern den einer auf Aufrechterhaltung eines angefochtenen Besitzes gerichteten Klage. Soll dieser Charakter gewahrt werden, so muß das Gesetz allerdings bestimmen, daß der in seinem Besitze angefochtene Besitzer alsbald nach erlittener Anfechtung oder nach von solcher erlangten Kenntniß zum Gerichte „eile", (Ersatz für die „Nacheile") und die richterliche Hülfe nachsuche, und es wird jedenfalls nur kurze Zeiten hierfür gestatten dürfen. Dies sind die allgemeinen Ideen, die dem gerichtlichen Schutze eines angegriffenen Besitzes zu Grunde liegen, das Einzelne und Nähere muß dem speciellen Theile und insbesondere der Kritik des § 824 überlassen werden.

Eine zweite wichtige Folge der Auffassung, wonach der richterliche Schutz nur ein Ersatz für die Selbstvertheidigung behufs Aufrechterhaltung eines angefochtenen Besitzes ist, ist die, daß der Anspruch des gestörten Besitzers nur auf Beseitigung der Störung in ihrer dermaligen Beschaffenheit durch den Störenden gerichtet werden kann. Sorge des Besitzers ist es alsdann, seinen Besitz auf die störungsfreie Sache wieder zu erstrecken. Anklänge an diese Idee finden sich auch in den Motiven, insofern dieselben (S. 117 a. E. 118) sagen, „daß der possessorische Anspruch ebenso wie die erlaubte Privatgewalt den Verletzten nur bei seiner früheren räumlichen Herrschaft erhalten will, mithin nur die Wiederherstellung des früheren Besitzstandes, nicht aber eine Wiederherstellung des früheren Vermögensstandes bezielt." (S. 124.) „Durch den Restitutionsbefehl wird dem Beklagten aufgegeben, seinerseits diejenige Thätigkeit zu entwickeln, welche erforderlich ist, damit der Kläger die Innehabung wieder ergreifen könne." Allein einestheils gehen die so formulirten Anklänge doch weit über dasjenige hinaus, was Entwurf und Motive späterhin statuiren, und anderentheils widersprechen diese grundlosen Beschränkungen den Bedürfnissen des Lebens doch allzusehr. Das Einzelne und Nähere muß auch hier dem speciellen Theile des gerichtlichen Besitzschutzes und insbesondere der Kritik der §§ 819 und 820 vorbehalten bleiben.

Eine dritte, praktisch außerordentlich wichtige Folge unseres Dogmas ist, daß der Besitzprozeß kein Streit um Mein und Dein, kein Streit um das Recht auf den Besitz sein kann. Wäre der Besitz nur eine Vorstufe des Eigenthums, so müßte die Austragung der Rechtsfrage im Besitzprozesse zulässig sein, und wäre der Grund des Besitzschutzes in der gegen den Willen des Besitzers erfolgten Entziehung des

Besitzes zu suchen, warum sollte dem Entzieher die Freiheit genommen werden, den Nachweis seines Eigenthumsrechts zu führen. Ist denn die in einer unvorsichtigen Verwechslung des Besitzergreifungsobjekts enthaltene „verbotene Eigenmacht" etwas viel Sündhafteres und Gemeingefährlicheres als der Diebstahl und der Raub einer Sache, so daß der Gesetzgeber alle Veranlassung haben müßte, den unvorsichtigen, aber sonst gutgläubigen Verwechsler mit dem Verlust des Nachweises der Nichtexistenz des klägerischen Rechts zu bestrafen, während er dem Dieb und Räuber bei der Klage aus ihren unerlaubten Handlungen zum Mindesten diesen Nachweis gestattet. Wären jene Ansichten über den Grund des Besitzschutzes richtig, so hätte die Unstatthaftigkeit der Ueberführung des Possessoriums ins Petitorium weder Sinn, noch Berechtigung. Wesentlich anders aber liegt die Sache, wenn man den gerichtlichen Schutz als einen Ersatz, und nur als einen Ersatz des Selbstschutzes des Besitzes ansieht. Wie sich bei der Selbstvertheidigung des Besitzes ein Streit um das Recht nicht erheben kann und keinen Austrag findet, so konsequenterweise auch nicht beim gerichtlichen Schutze. Der Besitzprozeß ist eine Art extraordinaria cognitio, bei der es sich nur um die Frage handelt, ob der Kläger als Besitzer zur Selbstvertheidigung befugt war oder nicht. Wenn ja, so gewährt das Gericht die erbetene Hülfe, wenn nicht, so versagt es sie. Für alle weiteren Untersuchungen, namentlich für die der Eigenthums- und sonstigen Rechtsfrage bietet das Besitzverfahren keinen Raum.

II. Recht auf Besitzschutz.

§ 9.

Der Entwurf behandelt in den §§ 814—825 den Anspruch des Inhabers wegen Entziehung oder Störung seiner Inhabung und den damit verbundenen Schutz. Im § 814 giebt er das Verbot eigenmächtiger Entziehung und Störung, in den § 817 und 818 bestimmt er den Begriff der verbotenen Eigenmacht etwas näher, in den §§ 815 und 816 behandelt er den Selbstschutz des Inhabers und in den §§ 819—825 die Besitzklage. Die Kritik dieser Bestimmungen muß unter drei Gesichtspunkte fallen, Recht auf Besitzschutz, Selbstschutz und gerichtlicher Schutz (Besitzklagen).

Vor Allem muß, wie bisher ausgeführt, die Unterscheidung des Entwurfs zwischen Besitz und Inhabung aufgehoben und an Stelle dieser beiden Begriffe der eine, der des Besitzes, gesetzt werden.

Abweichend von den modernen Gesetzgebungen hat es der Entwurf als im Interesse der Klarheit des Gesetzes liegend für geboten erachtet, an die Spitze der Lehre vom Besitzschutz ein generelles Verbot derjenigen Handlungen, gegen welche der Besitzer geschützt werde, zu stellen, und bestimmt dasselbe im § 814 dahin:

> „Niemand darf, soweit nicht das Gesetz für besondere Fälle ein Anderes bestimmt, ohne den Willen des Inhabers einer Sache demselben die Inhabung entziehen oder ihn darin stören (verbotene Eigenmacht)."

Mit der Einschiebung des Zwischensatzes „soweit nicht das Gesetz für besondere Fälle ein anderes bestimmt", hat der Entwurf in soweit an sich Recht, als durch das aufgestellte Verbot der Fall der wahren Selbsthülfe nach den Grundsätzen des § 189 nicht getroffen werden soll. Unrecht aber hat er, wenn er, wie die Motive sagen, die Wiederabnahme und Wiederverschaffung der Sache des § 815 Abs. 2, 3 als einen Akt der Selbsthülfe zur Wiedererlangung eines verlorenen oder entzogenen Besitzes ansieht, indem die hier behandelten Fälle in Wahrheit nur Beispiele einer Selbstvertheidigung gegen Entziehungsversuche sind, was im nachfolgenden Paragraphen des Nähern erörtert werden soll.

Indessen ist das aufgestellte Verbot nicht nur formell zu beanstanden, sondern auch materiell unrichtig. In ersterer Beziehung scheint es doch nicht in ein Civilgesetzbuch zu gehören; es macht zu sehr den Eindruck eines sittlichen Gebots, wie „Du sollst nicht stehlen", „Du sollst nicht begehren Deines Nächsten Haus, Acker, noch Alles was sein ist". Wenn die Motive die vorsätzliche oder fahrlässige Uebertretung jenes Verbots als eine Delicts-Handlung im Sinne des § 704 und sogar als eine rechtsverletzende im Sinne des § 704 Abs. 2 betrachten, so hätte doch der Entwurf die allergegründetste Veranlassung gehabt, seinen Titel von den allgemeinen Vorschriften aller Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen mit dem allgemeinen Verbot einzuleiten: Niemand darf vorsätzlich oder fahrlässig eine widerrechtliche Handlung begehen u. s. w. Das Prinzip der Einheitlichkeit würde dann auch fordern, daß bei jeder Lehre ein allgemeines Gebot oder Verbot an die Spitze gestellt werde, wie etwa: der Schuldner muß seine Schuld berichtigen, oder: Niemand darf, soweit nicht das Gesetz für besondere Fälle ein Anderes bestimmt, ohne den Willen des Eigenthümers einer Sache demselben den Besitz oder die Inhabung entziehen oder ihn darin stören. Ein besonderer Anlaß

zur Aufstellung gerade eines Besitzstörungs-Verbots ist nicht gegeben, und die Bestimmung des Eigenmachtsbegriffs hätte recht wohl mit Abs. 1 des § 815 verbunden werden können. Das Verbot selbst ist aber auch materiell in sofern unrichtig, als es, wenigstens nach den Motiven, nur die bewußten und fahrlässig nicht bewußten Beeinträchtigungen fremden Besitzes zum Gegenstande hat, während in Wahrheit ein Schutz im Besitz schon wegen jeder objektiven Beeinträchtigung des Besitzers geboten erscheint.

Die Ausführungen des § 8 haben ergeben, daß der Besitzer ein persönliches Recht auf Schutz in seinem Besitz hat. Dasselbe ist mit dem Besitze verbunden und steht und fällt mit diesem; es ist ein Recht auf Vertheidigung und Aufrechterhaltung eines angefochtenen Besitzes, und nicht ein Recht auf Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes. Am schärfsten und kürzesten bezeichnet man es wohl als ein Recht auf Schutz im Besitz. Der Schutz selbst ist entweder Selbstschutz (Selbstvertheidigung) oder gerichtlicher Schutz. Die Thatsachen, gegen welche der Besitz geschützt wird, werden am Zutreffendsten als Besitzstörungen bezeichnet. Der Entwurf unterscheidet, im Anschluß an die bisherige Auffassung, Besitzentziehung und Besitzstörung, und baut hierauf zwei verschiedene Besitzklagen, die Besitzentziehungs- und die Besitzstörungsklage, mit zwei verschiedenen Ansprüchen, dem Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung und dem auf Wiederaufhebung der Störung. In der Besitzentziehung wird die Entziehung des ganzen Besitzes, in der Besitzstörung die Entziehung nur eines Theils des Besitzes der ganzen Sache erblickt. Die Motive geben zu, daß die Ansprüche wegen Störung und wegen Entziehung der Inhabung ihrem Grunde nach gleichartig und nur umfänglich verschieden seien (S. 126, letzter Abs.). Eine solche blos umfängliche Verschiedenheit rechtfertigt jedoch die Aufstellung zweier Klagen nicht. In ihren Wirkungen sind sie überdies identisch. Beide gehen auf Beseitigung der Besitzstörung, mag sich diese auf die Hälfte, drei Viertel, neun Zehntel oder auf die ganze Sache erstrecken. „Durch den Restitutionsbefehl,“ so sagen die Motive (S. 124) bei der Besitzentziehungsklage, „wird dem Beklagten aufgegeben, seinerseits diejenige Thätigkeit zu entwickeln, welche erforderlich ist, damit der Kläger die Inhabung wieder ergreifen kann.“ Paßt dies nicht vollständig auch auf die Besitzstörungsklage? Und von dieser sagen die Motive (S. 126), daß bei körperlich fortdauernden Störungen von einer eigentlichen körperlichen Restitution geredet werden müsse, wie

denn auch der Entwurf im § 820, indem er den Anspruch auf Wiederaufhebung gebe, das Vorliegen einer solchen Störung voraussetze. Bei beiden Klagen handelt es sich also nach dem Entwurf um Beseitigung der Besitzstörung durch körperliche Restitution. Die Frage, ob wegen künftig zu besorgender Störungen eine Klage zu geben sei, ist eine Frage für sich, die später erörtert werden soll.

Besitzentziehung ist nicht identisch mit Sachentziehung. Wer im Kampfe um den Besitz eines Hauses von seinem Angreifer hinausgedrängt worden ist, und um seine Kräfte zu neuem Kampf zu sammeln oder sich Hülfe oder Werkzeuge zu holen, für einige Zeit außerhalb des Hauses verweilt, dem ist zwar momentan das Haus, nicht aber sein Besitz entzogen, und dasselbe ist der Fall, wenn der Besitzer, statt Selbstvertheidigung eintreten zu lassen, gerichtliche Hülfe anruft. Er ist noch Besitzer, aber sein Besitz ist gestört, angefochten, beeinträchtigt.

Unter Besitzstörungen oder schlechtweg Störungen sind selbstverständlich diejenigen Eingriffe nicht zu verstehen, zu welchen der Besitzer seine Einwilligung gegeben hat. Man kann Jemanden mit seiner Erlaubniß in seiner Arbeit stören, aber eine Besitzstörung mit Zustimmung des Besitzers ist im Rechtsleben so wenig gegeben, wie eine Rechtsverletzung mit Einwilligung des Berechtigten.

Für den Begriff der Störung ist das Bewußtsein und der Glaube des objektiv Störenden gleichgültig (S. oben § 8).

Störungen sind nicht blos Handlungen des Störenden, sondern alle störenden Thatsachen, die mit der Person des Störenden in Causalzusammenhang stehen, und Störer ist nicht blos der unmittelbar, sondern auch der mittelbar angreifende Dritte. Stürzt in Folge Alters, Sturmes oder Brandes das von meinem Nachbar besessene Haus zusammen, und verschütten die Trümmer desselben den Eingang zu meinem Hause, so gilt er als Störer und die Versperrung meines Hauseingangs als Besitzstörung.

Auf Grund dieser Ausführungen beantrage ich, den § 814 zu streichen und dafür zu setzen:

§ 814.

Der Besitzer hat ein Recht auf Schutz im Besitz gegen Störungen Dritter.

III. Selbstschutz.

§ 10.

Der Entwurf stellt über den Selbstschutz des Besitzes keine allgemeinen und zugleich erschöpfenden Grundsätze auf, sondern regulirt diesen Selbstschutz nach drei Richtungen, einmal für den Zustand des Angriffs überhaupt, sodann für den Fall der in Folge des Angriffs weggenommenen beweglichen Sache und schließlich für den Fall der in Folge gleichen Angriffs bewirkten Entziehung der Inhabung eines Grundstücks. Auf den ersterwähnten Zustand wendet er den Grundsatz der Nothwehr (§ 186) an, für die beiden besonderen Fälle erweitert er das Recht der Selbsthülfe (§ 189). Zu dieser Dreitheilung und insbesondere zur Erweiterung der Selbsthülfe ist er wesentlich dadurch gelangt, daß er in den beiden letzten Fällen einen vollzogenen Besitzverlust annahm, die Wiedergewinnung der Sache auf dem Wege der Nothwehr oder Selbstvertheidigung demnach als unmöglich ansah, und dem dringenden Bedürfniß nach Erlaubtheit der Wiedergewinnung nur durch Abweichung von dem fundamentalen Rechtssatze der erlaubten Selbsthülfe des § 189 gerecht werden zu können glaubte. Wir werden sehen, daß die Ansicht des Entwurfs vom Besitzverlust unrichtig, und eine Preisgebung jener fundamentalen Rechtssätze für den Selbstschutz des Besitzes keineswegs nothwendig ist.

Betrachten wir die Besitzstörungen oder die Angriffe auf einen fremden Besitz, so wie sie das Leben darbietet, im Ganzen, so sehen wir zunächst drei Klassen, die durch die Verschiedenartigkeit der mit der Störung verbundenen Absicht gebildet werden. Bei der ersten Klasse geht die Absicht des Störenden oder Angreifers dahin, den Besitz dem gegenwärtigen Besitzer ganz oder theilweise zu entziehen, d. h. zu bewirken, daß derselbe seinen Besitz ganz oder theilweise verliere. Dabei kann die Nebenabsicht des Angreifers eine dreifache sein; er will den Besitz entweder sich selbst oder er will ihn einem Dritten zuwenden (Aneignungsabsicht), oder er will ihn Niemandem zuwenden und nur den Besitzer damit schädigen (Schädigungsabsicht). Bei der zweiten Klasse hat der Angreifer oder Störer nicht die Absicht, fremden Besitz anzugreifen, sondern die Absicht, eigenen Besitz auszuüben oder eine besitzfreie Sache in Besitz zu nehmen. Bei der dritten Klasse endlich hat er gar nicht die Absicht, Besitz zu ergreifen oder auszuüben, so wenn er, nur um einen Besuch zu machen, in die Wohnung des Besitzers sich begiebt; objektive Besitzstörung wird

sein Betreten der Wohnung oder das Verweilen in derselben erst dann, wenn er der Besitzausübung des Besitzers ein eigentliches, die conventionellen Befugnisse überschreitendes Hinderniß entgegensetzt, ohne daß es jedoch hierbei auf guten oder bösen Glauben, Bewußtsein der Störung oder Verbot des Besitzers ankommt. In allen diesen Fällen liegen objektive Besitzstörungen vor, welche zum Schutz des Besitzers in seinem Besitz berechtigen.

Die Besitzstörungen oder Angriffe auf fremden Besitz sind sodann entweder persönliche oder sachliche oder persönliche und sachliche zugleich. Persönlich sind sie, wenn der Störer in Person das Grundstück betritt, sich im Hause festsetzt oder eine bewegliche Sache dem Besitzer zu entreißen sucht. Sachlich sind sie, wenn der Störer körperliche Gegenstände in den Hofraum seines Nachbars schiebt oder einen Bach auf das Grundstück seines Nebenliegers leitet, wodurch Hofraum und Grundstück zum Theil unzugänglich werden. Rein sachlich sind Störungen, die durch körperliche Sachen eines Besitzers ohne schuldvolle Mitwirkung desselben herbeigeführt werden, so namentlich, wenn in Folge Brandes oder Sturms die Trümmer des einfallenden Hauses auf des Nachbars Grundstück geschleudert werden. Persönlich und sachlich zugleich sind sie, wenn die Person des Störers in Verbindung mit Sachen den Besitz eines Andern stört, so wenn er seinen Wagen auf des Nachbars Grundstück fährt, sein Vieh über dessen Wiese treibt und eine Mauer oder ein sonstiges Bauwerk in dessen Garten errichtet.

Bei dem persönlichen Angriff kann es die Absicht des Störenden sein, keinerlei Gewalt anzuwenden, sondern im Falle ernstlichen Widerstands Seitens des Besitzers sich zurückzuziehen. Die Absicht kann aber auch auf gewaltsame Besitzstörung gerichtet sein, Gewalt gegen die Person mit Händen und Füßen oder mit Waffen, oder Gewalt gegen Sachen, verschlossene Räume und Behälter mit Brechwerkzeugen, Stangen und Leitern.

Die persönlichen und sachlichen Störungen sind entweder dauernde oder vorübergehende. Dauernd ist sie, wenn sich der Angreifer im fremden Hause festsetzt und dem Besitzer den Zugang verwehrt, oder wenn er ein Bauwerk in seines Nachbarn Hofraum errichtet. Vorübergehend ist sie, wenn er bei Versagung seines eigenen Brunnens am Brunnen des nachbarlichen Hauses und Hofes einen Eimer voll Wasser holt. Besteht die Absicht nur im einmaligen Wasserholen, so liegt in der Betretung des Hofs, falls nicht auf Grund bestehenden

freund = nachbarlichen Verhältnisses die Zustimmung des Nachbars unterstellt werden darf, allerdings eine Besitzstörung, dieselbe ist aber mit dem Verlassen des Hofs wieder beseitigt. Geht jedoch die Absicht auf ein Holen des Wassers nach Bedarf auf längere Zeit, so enthält dasselbe, obwohl stets unterbrochen, eine dauernde Besitzstörung.

Bei den Besitzstörungen kann man endlich drei Stadien, die sie durchlaufen, unterscheiden, die Drohung, die Bethätigung und die Vollendung der Störung. Bei manchen Störungen fallen diese drei Stadien zeitlich und örtlich fast zusammen, so daß das Auge sie nicht unterscheiden kann, bei anderen aber treten sie zeitlich und örtlich getrennt und wohl unterscheidbar auf. Ist die Störungsthatsache eine beabsichtigte Handlung des Störers, so ist die Drohung die dem Besitzer erkennbar gewordene ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des ernstlichen Störungswillens oder Störungsentschlusses. Dahin gehören die wörtlichen Androhungen, ebenso aber auch die von dem Störenden zur Ausführung der Störung getroffenen Vorbereitungen, wie insbesondere die Ansammlung und Bereitstellung von zum Angriff dienlichen Waffen und Werkzeugen in der Nähe der besessenen Sache. Die Bethätigung der Störung beginnt mit dem wirklichen Angriff, mit dem Erfassen der beweglichen Sache, mit dem Eintreten des Störers in das besessene Haus oder Grundstück, oder mit der Gewaltanwendung gegen den Besitzer, und dauert so lange, bis der Besitzer im Kampfe mit dem Angreifer unterliegt. In diesem letzteren Zeitpunkt ist die Besitzstörung vollendet. Der bloße Störungsentschluß, so lange er nicht zur Drohung gelangt, ist ein gleichgültiges Moment. Ist die Störungsthatsache keine beabsichtigte Handlung, so ist die Drohung mit der Beschaffenheit der Umstände gegeben, welche die Befürchtung einer in Bälde eintretenden Störung rechtfertigen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn das baufällige Haus des Nachbars einzustürzen und mit seinen Trümmern den Eingang zu unserem Hause zu verschütten „droht". Die Bethätigung der Störung beginnt mit dem Anfang der Einwirkung auf die besessene Sache, beim Einsturz des Nachbarhauses insbesondere mit dem ersten Herüberfallen von Steinen und Schutt, und die Störung ist vollendet, wenn eine Befürchtung zu weiterer Störung nicht mehr besteht, im angeführten Falle insbesondere, wenn das Nachbarhaus gänzlich zusammengefallen ist oder der noch vorhandene Hochbau auf solidem Mauerwerk ruht. In jedem dieser drei Störungsstadien muß der Besitzer zur Aufrechterhaltung seines Besitzes berechtigt sein.

Mit dem vollendeten Angriff und der vollendeten Störung ist aber der Besitz noch nicht verloren. In dieser Hinsicht kommt es vielmehr auf das weitere Verhalten des Angegriffenen an. Beruhigt er sich bei dem Resultat des Angriffs und der Störung, gleichviel aus welchen Beweggründen, so ist sein Besitz allerdings verloren, wie auch das oben (§ 8) angeführte Sprüchwort: „Wer zur Gewalt schweigt, der verliert seine Rechte" besagt. Wer aber den Kampf alsbald wieder aufnimmt, setzt ihn nur fort; er befindet sich nicht im Zustand des Angriffs, sondern in dem des Wiederangriffs, des Gegenangriffs, der Selbstvertheidigung, und zwar so lange, bis es seinen erneuten Angriffen gelungen ist, den momentan siegreichen Gegner aus dem Besitze zu entfernen. Und wenn auch dieser Gegenangriff mißlungen ist und eine Pause eintreten muß, so ist der Besitz immer noch nicht verloren, sondern es dürfen neue und immer wieder neue Gegenangriffe stattfinden, bis Einer oder der Andere von weiterem Kampfe definitiv absteht.

Für den Selbstschutz des Besitzers stellt nun der Entwurf an die Spitze des § 814 den allgemeinen Satz:

> „Der Inhaber einer Sache ist berechtigt, verbotener Eigenmacht sich mit Gewalt zu erwehren."

Wie schon oben erwähnt, gibt er hier dem Besitzer das Recht der Nothwehr oder Selbstvertheidigung des § 186, nur erkennt er sie hier positiv an, während der § 186 in negativer Fassung auftritt, indem er die Unerlaubtheit der Selbstvertheidigung verneint, wenn er sagt: „Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Nothwehr geboten war. Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Andern abzuwenden." Indem sich der Entwurf ausschließlich auf den Nothwehrstandpunkt stellt, wird er den Anforderungen, die das Leben an den Selbstschutz des Besitzers stellt, nicht gerecht. Ausgeschlossen wäre nämlich zunächst der Schutz gegen einen drohenden, nicht unmittelbar bevorstehenden oder gegenwärtigen Angriff. Würde eine Diebsbande in der Nähe eines einsam im Walde gelegenen Forsthauses mit der ausgesprochenen Absicht, in der dritten oder vierten Nacht die Familie des Försters zu überfallen und zu berauben, sich herumtreiben, so dürfte nach dem Entwurfe der Förster zur Zeit noch keine Gewalt anwenden, er müßte mindestens den Abend des dritten Tages abwarten, ja, es fragt sich überhaupt noch sehr,

ob er nach dem Wortlaut des § 815 und 814 nicht den Beginn der Entziehung oder Störung, den Anfang der verbotenen Eigenmacht abwarten muß. Unser Rechtssinn sagt uns nun aber ohne jeden Umschweif, daß in dem erwähnten Falle der Förster mit Knechten und Freunden auch schon am ersten Tag in den Wald ziehen und die Bande verjagen darf, selbstverständlich unter Maßhaltung der Gewaltmittel, unter Einhaltung der Vertheidigung, welche erforderlich ist. Man hat diesem Postulat unseres Rechtssinns gerecht zu werden und dasselbe mit dem Wortlaut oder auch Geist des Nothwehrgesetzes in Uebereinstimmung zu bringen gesucht, indem man annahm, daß bei derartigen auf die Zukunft sich beziehenden Drohungen eine augenblickliche Gefahr, die Gefahr des zukünftigen Angriffs, entstehen könne, die dann als der Beginn eines gegenwärtigen Angriffs angesehen werden müsse. Allein diese Konstruktion ist doch zum Mindesten ein gefährliches Spiel mit Worten, und es ist doch die Aufgabe des Gesetzgebers, den ernsten Sinn mit dem ernsten Wort zu bezeichnen. Der zweite Anstand bei der Formulirung der Besitzvertheidigung betrifft die Eigenmacht. Dieselbe ist zwar eine Art der Besitzstörungsthatsache, und sie pflegt auch häufig im Verlauf der an den ersten Angriff sich knüpfenden Thatsachen in die Erscheinung zu treten, allein sie ist, wie wir oben (§ 8) kennen gelernt haben, nicht die ausschließliche Störungsthatsache.

Der Entwurf hat sich, wie gezeigt, auf den Nothwehrstandpunkt gestellt, und die Motive bestärken ihn darin. Einen Selbstschutz gegen rein sachliche Störungen gibt er nicht. In einem solchen Falle wäre der Gestörte auf den § 187 verwiesen: „Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden, wenn Jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine von dieser Sache drohende Gefahr von sich oder einem Andern abzuwenden, sofern die Handlung zur Abwendung der Gefahr erforderlich war und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist.“ Dieses Schutzmittel ist jedoch für den Besitz nicht ausreichend. Wenn der vom Zusammensturz des Nachbarhauses bedrohte Hausbesitzer behufs Abwendung der Trümmer auf dem Nachbargrundstück Sprießbalken aufstellt oder eine Bretterwand errichtet, so beschädigt er doch dasselbe nicht, er nimmt nur von einem Theile desselben Besitz und gleichwohl werden wir ihn zu dieser Schutzmaßregel für berechtigt halten. Und wenn er nach den Zusammensturz des Nachbarhauses die dennoch auf sein Grundstück gefallenen Trümmer gegen den Willen des Nachbars in dessen Hof wirft, so

wird ihm Niemand das Recht zur gewaltsamen Beseitigung dieser bisher erduldeten Störung seines Besitzes versagen. Jedenfalls aber muß der Gesetzgeber für den Besitzschutz jene negative Fassung: Nichtvorhandensein einer unerlaubten Handlung — in eine positive verwandeln: Berechtigung zur Beschädigung, Zerstörung oder Inbesitznahme, wie er ja analog mit der Anwendung des Nothwehrgesetzes auf den Besitzschutz verfahren hat. Denn, wie hier, so ist es auch dort für den gestörten Besitzer ein Unterschied, ob er zum Schutz seines Besitzes eine nicht unerlaubte, oder eine berechtigte Handlung vornimmt. Der an die Spitze des § 815 gestellte allgemeine Satz muß daher nach mehreren Richtungen hin geändert werden. Er muß zu erkennen geben, daß der Besitzer berechtigt sei, gegen Störungen seines Besitzes sich in seinem Besitze selbst zu schützen und unter Anwendung von Gewalt, soweit erforderlich. Mit diesem kleinen Satze ist freilich sehr viel gesagt, und es liegt die Gefahr vielfacher Mißdeutungen seines Sinns und seiner Tragweite nahe. Wünschenswerth wäre daher eine mit der gebotenen Kürze vereinbare Erläuterung, wie solche in den Absätzen 2 und 3 (freilich nicht mit der Absicht einer Erläuterung) gegeben ist. Diese besagen:

> Abs. 2. „Ist eine bewegliche Sache dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht weggenommen, so ist derselbe berechtigt, dem auf der That betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Thäter die Sache mit Gewalt wieder abzunehmen. Im Falle der Wiederabnahme ist der Besitz als nicht unterbrochen anzusehen."
>
> Abs. 3. „Ist die thatsächliche Gewalt über ein Grundstück dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht entzogen, so ist derselbe berechtigt, sofort nach erlangter Kenntniß von der Entziehung sich die Inhabung wieder zu verschaffen, mit Gewalt gegen die Person jedoch nur dann, wenn die Wiederverschaffung sofort nach der Entziehung erfolgt, oder wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen nach den Vorschriften des § 189 Selbsthülfe erlaubt ist."

Die Bestimmung des Abs. 2 von der alsbaldigen Wegnahme der Sache und der sofortigen Nacheile ist vollständig richtig; sie entspricht trotz der mit der erlaubten Gewaltanwendung in den bezeichneten Fällen verbundenen nicht unerheblichen Gefahren für den inneren Frieden dem Charakter des deutschen Volkes so sehr, daß sich wohl keinerlei Stimmen dagegen erheben werden. Nur die juristische

Behandlung derselben ist nicht richtig. Der Entwurf nimmt mit dem bloßen Diebsgriff und dem Davonlaufen des Diebes schon einen Besitzverlust für den bisherigen Besitzer der Sache an, auch wenn dieser im Moment der Ergreifung der Sache durch den Dieb hinzukommt und diesem die Sache aus der Hand schlägt. Diese vier Handlungen, Diebsgriff, Schlag auf die Hand, Fallenlassen der Sache und ihre Aufhebung, alle das Werk einer Sekunde, sollen nach dem Entwurf Besitzverlust, Besitzaneignung, Selbsthülfe, Wiederverlust und Wiedererwerb des Besitzes sein! Und wenn sich zwischen Besitzer und Dieb ein Kampf entsponnen hatte, in welchem beide mit wechselndem Erfolge kämpften, und die Sache fünfmal aus einer Hand in die andere ging, so hätten sich fünf mal fünf solcher Akte vollzogen! Dem Römischen Rechte ist diese Auffassung gänzlich fremd. Der Entwurf ist, wie schon früher angegeben, genöthigt, statt Selbstvertheidigung, Selbsthülfe anzunehmen und den § 189 zu erweitern. Die Motive vertheidigen denn auch diese Auffassung nicht sonderlich, und gestehen ein, daß beide Wege praktisch im Wesentlichen zu demselben Resultate führten, und daß die Entscheidung über die Beendigung der Inhabung des einen Theils und den Beginn der Inhabung des andern Theils lediglich der thatsächlichen Würdigung des Richters überlassen sei. Am meisten verleugnet aber der Entwurf selbst seine Auffassung, wenn er für den Fall der Wiederabnahme der Sache den Besitz als nicht unterbrochen angesehen haben will. Warum dies gerade nur hier und nicht auch noch im Kampfe um den Besitz und bei der sofortigen Nacheile angenommen werden soll, ist nicht ersichtlich.

Auch mit der Wahl des Zeitpunkts, von welchem an die „sofortige Nacheile" eintreten soll, entspricht der Entwurf den Bedürfnissen des Lebens nicht. Nach den Motiven ist es kein Zweifel, daß sich die Nacheile an den Zeitpunkt der Wegnahme der beweglichen Sache ansetzen soll, und nicht an den späteren Zeitpunkt der Kenntnißnahme des Besitzers von der geschehenen Wegnahme. Wenn mir aber der Tagelöhner, den ich in meinem Hause und Garten beschäftigt habe, ein Werkzeug weg- und mit nach Hause genommen hat, so scheine ich doch, falls ich nach vier Wochen dies gewahr werde und mich behufs Erkundigung in seine Wohnung begebe, berechtigt zu sein, nach vergeblicher Aufforderung zur Rückgabe nach dem Werkzeuge zu suchen und dieses gegen das Sträuben des Unterschlagers wegzunehmen.

Die Bestimmung des Abs. 3 über den Schutz des Besitzes an Grundstücken ist, abgesehen davon, daß sie den Verlust des Besitzes unterstellt und den Selbstschutz daher nicht als Vertheidigung, sondern als erweiterte Selbsthülfe ansieht, sowie den Schutz überhaupt nur gegen verbotene Eigenmacht gestattet, in der Hinsicht richtig, daß sie den Inhaber berechtigt, „sofort nach erlangter Kenntniß von der Entziehung sich die Inhabung wieder zu verschaffen." Unrichtig aber ist sie, weil im Widerspruch mit den Bedürfnissen des Lebens und den Rechtsanschauungen unseres Volkes, wenn sie diesen Selbstschutz mit der Schranke umgiebt, daß Gewalt gegen die Person nur im Fall der Wiederverschaffung sofort nach der Entziehung — und nicht nach erlangter Kenntniß von der Entziehung — geübt werden dürfe. Dieses Gewaltverbot ist durchaus neu. Die Motive rechtfertigen es einestheils mit seiner Unbedenklichkeit, indem ja in einem solchen Falle gerichtliche Hülfe mit Leichtigkeit erlangt werden könne, und anderntheils mit dem Interesse des öffentlichen Friedens. Allein beide Momente würden gegen jeden Selbstschutz des Besitzers sprechen, und diesen in das beschränkte Gebiet des § 189 bannen. Dieses Verbot ist überdies unpraktisch. Wenn sich jemand Ende Februar heimlicher Weise in den Besitz eines fremden Ackers setzt, denselben düngt, pflügt oder einsäet, und der bisherige Besitzer Anfangs März mit Pflug und Egge daselbst erscheint und in Abwesenheit des Okkupanten seinen Acker wieder in Besitz nimmt und etwa umpflügt, so gilt nach § 812 Entw. der Besitz für ihn nicht als verloren, und er kann den nunmehr erfolgenden Angriffen des störenden Zwischeninhabers Gewalt entgegensetzen. Dies ist richtig. Wenn er aber bei seinem Erscheinen den Zwischeninhaber mit der Aussaat des ein paar Tage vorher von demselben gepflügten Ackers beschäftigt findet, so müßte er sich, weil die Entziehung der Inhabung durch das Pflügen des Ackers schon ein paar Tage vorher stattgefunden hatte, jeder Gewalt enthalten, während er, falls das Pflügen am Morgen desselben Tages oder etwa am Tage vorher erfolgt war, Gewalt anwenden dürfte. Für eine solche Unterscheidung, für den juristischen Werth einer solch' kurzen Spanne Zeit hat das Landvolk kein Verständniß, und das Gesetz würde mit einer solchen Bestimmung erst recht Anlaß dazu geben, daß die ländlichen Waffen in Aktion träten. Berücksichtigt man, mit welch' warmer Zähigkeit der Landmann an seinem Grundbesitz festhält und festhalten muß, so wird man ihm nicht versagen können, daß er den Anspruch auf Freigabe seines

Besitzes auch erst nach erlangter Kenntniß von der heimlichen Okkupation desselben gegen den Störer erhebe, und im Fall des passiven Widerstandes des letzteren Gewalt gebrauche. Die ländlichen Verhältnisse bringen es überdies mit sich, daß die heimliche Okkupation eines Grundstücks fast immer schon in wenigen Tagen zur Kenntniß des Besitzers gelangt und daß sich dieser alsbald zur Aufrechterhaltung seines Besitzes an Ort und Stelle begiebt. In den bei Weitem meisten Fällen wird der Zwischeninhaber auf demselben Grundstück nicht anwesend sein, die Wiederverschaffung wird also meistens ohne Gewalt bewirkt werden, und die Befürchtung des Gesetzgebers, daß ohne jenes Gewaltverbot der innere Friede allzusehr beeinträchtigt werde, dürfte daher grundlos sein. Kommt es aber im einzelnen Falle zur Gewalt, so neigt sich, wie die Erfahrung lehrt, Jedermann auf die Seite des gestörten Besitzers und setzt den heimlichen Okkupanten ins Unrecht. Denn in den Augen des Landvolks ist die heimliche Aneignung eines fremden Grundstücks, die es schlechtweg als Diebstahl bezeichnet, ein viel schwereres Verbrechen als der Diebstahl einer mit der Landwirthschaft nicht unmittelbar zusammenhängenden beweglichen Sache, nicht bloß, weil dabei ein höherer Werth und ein für seine Existenz unentbehrlicherer Gegenstand in Frage steht, sondern auch, weil das Feldgrundstück eine befriedete, dem öffentlichen Vertrauen anheimgegebene Sache ist, und in einer heimlichen Aneignung desselben ein gegen die Gesammtheit der Grundbesitzer verübter Vertrauensbruch gefunden wird. Das vom Entwurf vorgeschlagene, dem bisherigen Rechte und den Rechtsanschauungen unseres Volkes widerstreitende Verbot der Gewalt gegen die Person des Zwischeninhabers ist daher nicht zu empfehlen.

Im vierten Absatz des § 815, dahin lautend:

> „Die in dem ersten bis dritten Absatze bezeichneten Rechte stehen dem Inhaber auch gegenüber demjenigen zu, für welchen er die Sache inne hat"

wird dem Inhaber der Selbstschutz auch gegen verbotswidrige eigenmächtige Angriffe des nicht innehabenden Besitzers zugesprochen. Die Motive erachten dies zwar nur als eine Konsequenz des absoluten Verbots der Eigenmacht, halten aber eine besondere ausdrückliche Anerkennung dieses Schutzrechts des Inhabers gegenüber dem von ihm vertretenen Besitzer im Interesse der Klarstellung für wünschenswerth. Die hier entschiedene Frage scheint auf den ersten Anblick so leicht zu lösen zu sein, weil ihr scheinbar ein äußerst einfaches Ver-

hältniß zu Grunde liegt. Man denkt sich die einfachen Fälle, daß der Besitzer einer beweglichen Sache dieselbe einem Andern geliehen, der Besitzer eines landwirthschaftlichen Grundstücks dasselbe verpachtet, und der Besitzer eines Hauses dasselbe oder eine darin befindliche Wohnung vermiethet hat, und der Besitzer eines Tages mittelst eigenmächtigen Angriffs die Sache dem Entleiher wegnehmen und den Pachter und Miether austreiben will. In diesen Fällen, — und darin wird allerorts Uebereinstimmung bestehen — soll Selbstvertheidigung gestattet sein. Allein es gibt eine Reihe von Fällen, — und diese sind im praktischen Leben gerade die weitaus zahlreichsten — in denen der Besitzer im Interesse der Erhaltung der Sache und seines Besitzstandes genöthigt ist, in den Besitz seines Entleihers, seines Pachters und Miethers einzugreifen und zwar in einer Weise, die lediglich als Selbstschutz gegen persönliche und sachliche Angriffe des Entleihers, Pachters oder Miethers oder Dritter, oder gegen rein sachliche Angriffe irgend welcher Art angesehen, und darum für gerechtfertigt erachtet werden muß. Wenn der Pachtbesitzer eines Wiesengrundstücks dasselbe umpflügt und zu Ackergelände anlegt, so verändert er damit nicht blos seinen Gebrauch, sondern auch seinen Besitz, er greift aber damit zugleich den vom Eigenthumsbesitzer zurückbehaltenen Besitz an. Wie oben dargethan, überläßt der verpachtende Eigenthumsbesitzer dem Pachter mit dem vertragsmäßigen Gebrauch des Grundstücks den Besitz desselben nur in soweit, als der Körper des Grundstücks, der Träger der Brauchlichkeit, zu diesem Gebrauche nothwendig ist. In soweit er nicht nothwendig ist, beschränkt er seinen eigenen Besitz nicht. Das Durchfurchen des Wiesengrundes, das Zerreißen des Bodens, das Zerspalten in Schollen ist daher eine Störung des Eigenthumsbesitzes und berechtigt sonach den verpachtenden Eigenthumsbesitzer zum Selbstschutz seines Besitzes. Dasselbe ist der Fall, wenn der Pachter die zur Fruchtziehung bestimmten Grundstücke mit Gebäuden bedeckt, zu Teichen anlegt, zur Sandgewinnung benutzt u. dgl. m. Dem Miethbesitzer einer Wohnung sind die vermietheten Räume innerhalb der Außen- und Innenwände des Hauses, die Decken und Fußböden, die Oefen, Thüren und Fenster zum Gebrauche überlassen und soweit dies erforderlich ist, auch der Mitbesitz dieser körperlichen Theile; soweit aber letztere zur Erhaltung des Hauses nothwendig sind, hat sich der vermiethende Eigenthumsbesitzer ihren Besitz für sich vorbehalten. Würde also der Miethbesitzer Decken und Wände zerstören, die Fenster aushängen und damit

dem Regen und Schnee Zutritt zu den vermietheten Räumen gestatten, und die Fußböden aufreißen, so verändert er damit nicht blos seinen Gebrauchsbesitz, sondern auch den Besitz des Eigenthumsbesitzers, und ist daher dieser zur Selbstvertheidigung seines Besitzes gegen die Besitzstörungen jenes befugt. Dasselbe ist schließlich der Fall bei nur sachlichen Störungen des Eigenthumsbesitzes. Ergießt sich in Folge Bruchs des Wasserleitungsrohrs das Wasser in Küche und Zimmer des Miethers, so kann der vermiethende Eigenthumsbesitzer gegen den Willen des Miethers und mit Gewalt in die vermiethete Wohnung eindringen und die seinem Besitze drohenden Gefahren beseitigen. Diese Beispiele mögen genügen, um den Satz begreiflich zu machen, daß der Selbstschutz überall und in soweit gestattet sein muß, als er erforderlich ist, um den durch einen überlassenen Besitz nicht beschränkten Eigenthumsbesitz zu schützen. Der erwähnte vierte Absatz des § 815 ist daher, indem er dem Inhaber gegenüber demjenigen, für welchen er die Sache inne hat, ganz absolut einen Selbstschutz gewährt, unrichtig.

Am Schlusse der Darstellung der Motive zu § 815 berühren dieselbe die Frage, ob dem Besitzer oder Oberinhaber einer Sache in ähnlicher Weise die Ausübung des Nothwehr- und Selbsthülferechts neben dem Vertreter in der Ausübung der thatsächen Gewalt zu gestatten sei, wie jenen Personen auch die possessorischen Rechtsmittel in § 821 zugestanden sind. Die Motive können nicht umhin, für die Bejahung dieser Frage den Umstand anzuführen, daß die Besitzklagen für die versäumte Gewaltanwendung Ersatz gewähren. Gleichwohl halten sie die Einräumung einer solchen, von einem weiteren Verzichte des eigentlich Verletzten, welcher doch immer der Inhaber sei, unabhängigen Rechtsstellung für bedenklich. Denn wollte man die Einmischung eines bei dem akuten Konflikte nicht unmittelbar Betheiligten gestatten, so würde dem andern Theile eine Person gegenüber gestellt, deren Legitimation zweifelhaft sei, und es würde dabei im praktischen Resultate dem Besitzer oder Oberinhaber durch die Verleihung eines solchen Rechts wenig genützt werden, da diese Personen, um Gelegenheit zur Ausübung dieses Rechts zu haben, in dem schnell vorübergehenden kritischen Zeitpunkte zur Stelle sein müßten. Diese Bedenken sind indessen völlig unzutreffend. Denn was zunächst die zweifelhafte Legitimation des Besitzers oder Oberinhabers betrifft, so spielt dieselbe bei allen nur denkbaren Fällen nicht die geringste Rolle. Wird, um in einem der obigen Beispiele zu bleiben,

der Miethbesitzer von einem Dritten mit Gewalt angegriffen, so kann nach dem Nothwehrgesetz (§ 186 Entw.) jeder Andere beispringen und dem Angegriffenen helfend zur Seite stehen. Ob der Hülfeleistende hierbei ein eigenes Interesse hat oder nicht, ist gleichgültig, von einer zweifelhaften Legitimation desselben kann daher keine Rede sein. Dasselbe ist der Fall, wenn der Dritte in Abwesenheit des Miethbesitzers die Wohnung occupirt, denn die Nothwehr ist gestattet, um einen rechtswidrigen Angriff von sich „oder einem Andern" abzuwenden. Die Nothwehr fragt sodann niemals darnach, ob dem rechtswidrigen Angreifer die Legitimation des Angegriffenen bekannt sei oder nicht, und man kann von diesem nicht verlangen, daß er bei Beginn seiner Gegenwehr sich zunächst über seine Legitimation urkundlich oder durch Zeugen ausweise. Die Hauptsache aber ist und bleibt, daß der vermiethende Eigenthumsbesitzer Besitzer ist, daß er an der Aufrechterhaltung des Besitzes seines Miethers ein eigenes Interesse hat, schon deswegen, weil er für die Zeit der Nichtbenutzung der vom Dritten occupirten Wohnung Miethgeld nicht verlangen könnte, und weil sein Besitz nur gegenüber dem Miethbesitzer und so lange dieser besitzt, ein ruhender, jedem Dritten gegenüber aber ein thätiger ist.

Aus Vorstehendem ergiebt sich, daß die Rechtsansicht des Entwurfs und seiner Motive in vielen Punkten den Rechtsanschauungen des deutschen Volkes und dringenden Bedürfnissen des Lebens nicht entsprechen. Wir haben gesehen, daß sich die ganze Lehre vom Selbstschutz des Besitzes gegen Störungen in einen kleinen Satz fassen läßt, und daß nur zur Vermeidung von Mißdeutungen dessen Sinns und Tragweite die Beifügung kurzer Erläuterungen wünschenswerth ist. Ich beantrage daher, den § 815 zu streichen und an seine Stelle zu setzen:

§ 815.

Der Besitzer ist berechtigt, gegen Störungen seines Besitzes sich in seinem Besitze selbst zu schützen, erforderlichen Falls und soweit als erforderlich, mit Gewalt.

Er kann insbesondere drohenden Störungen vorbeugen, eintretende Störungen zurückweisen und vollendete Störungen wieder beseitigen.

Er kann namentlich dem auf der That betroffenen und dem bei sofort nach erlangter Kenntniß des Vorfalls und Thäters eintretenden Verfolgung

erreichten Störer die von demselben weggenommene bewegliche Sache mit Gewalt wieder abnehmen, und den Störer seines Grundbesitzes sofort nach erlangter Kenntniß von der Störung mit Gewalt von demselben vertreiben.

Die Worte des Absatz 1 „in seinem Besitze" sind nöthig, um damit auszudrücken, daß der Selbstschutz nur zur Aufrechterhaltung eines zwar angefochtenen, aber immer noch bestehenden Besitzes (Besitzstandes) gegeben ist, nicht aber als Selbsthülfe zur Wiedererlangung eines bereits verlorenen Besitzes.

Der zweite Satz des zweiten Absatzes des § 815 Entw.: „Im Fall der Wiederabnahme ist der Besitz als nicht unterbrochen anzusehen," ist überflüssig, weil der Besitz durch die Wegnahme der Sache überhaupt nicht unterbrochen war.

Der Abs. 2. des vorgeschlagenen Paragraphen drückt die drei Stadien der Störungen und Angriffe auf den Besitz aus.

Mit dem Abs. 1 ist hinlänglich ausgedrückt, daß und unter welchen Umständen der Eigenthumsbesitzer sich gegen Störungen seines durch den, einem Andern überlassenen Besitz nicht beschränkten Besitzes sowohl gegen diesen Andern, wie gegenüber Dritten, und daß und unter welchen Umständen der Besitzer einer Sache sich gegen Störungen Seitens des Eigenthumsbesitzers schützen kann, so daß eine besondere Erläuterung des Selbstschutzes in solchen Fällen durch das Gesetz nicht erforderlich ist.

Der § 816, dahin lautend:

> „Die Vorschriften der §§ 814, 815 finden entsprechende Anwendung zu Gunsten desjenigen, welcher nur einen Theil einer Sache, insbesondere in baulichen Anlagen abgesonderte Wohnungsräume oder Wirthschaftsräume inne hat"

giebt dem Theilinhaber des Entwurfs bezw. dem Theilbesitzer das Recht des Selbstschutzes. Da sich dies nach unserem allgemeinen Selbstschutzsatze von selbst versteht, so beantrage ich:

den § 816 zu streichen.

Eine sehr bedenkliche Bestimmung enthält § 817:

> „Haben Mehrere eine Sache oder einen Theil einer Sache gemeinschaftlich inne, so sind Handlungen eines Theilhabers, welche über die im § 765 bezeichnete Gebrauchsbefugniß hinausgehen, oder einen anderen Theilhaber in dieser Gebrauchsbefugniß hindern, als verbotene Eigenmacht anzusehen."

Der angezogene § 765 erklärt jeden Theilhaber zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit für befugt, als dadurch der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber nicht beeinträchtigt wird. Was gewinnen wir aber damit für's praktische Leben? Nehmen wir den Fall, daß zwei Personen gemeinschaftlich ein Haus gekauft und vom Verkäufer übergeben erhalten haben. Sie durchgehen die verschiedenen Stockwerke und Zimmer und nehmen dasselbe in allen seinen Räumen in Besitz. Ihr Besitz ist unzweifelhaft ein gemeinschaftlicher. Nun setzt sich der eine Theilhaber und Mitbesitzer in der dritten Etage fest, und überläßt, um die größte Bescheidenheit an den Tag zu legen, den Besitz aller übrigen Stockwerke und Räume seinem Mittheilhaber. Dieser aber ist mit der von seinem Genossen einseitig getroffenen Eintheilung des Gebrauchs und Besitzes nicht zufrieden, und das Gesetz (§ 765) giebt ihm hierin vollkommen Recht, denn sein Mitgebrauch der dritten Etage ist unzweifelhaft beeinträchtigt. Die ausschließliche Inbesitznahme der dritten Etage durch den ersten ist eine Handlung, welche über seine Gebrauchsbefugniß hinausgeht, und darum nach § 817 verbotene Eigenmacht. In soweit gilt also hier der Satz, melior est conditio prohibentis. Allein der § 765 läßt auch über die Art der Benutzung der gemeinschaftlichen Sache einen Beschluß der Theilhaber nach Stimmenmehrheit zu, und ein solcher Beschluß soll auch für den Besitzumfang jedes einzelnen Mitbesitzers derartig Geltung haben, daß eine thatsächliche Ueberschreitung des angewiesenen Besitzes verbotene Eigenmacht sei. Dieser Eingriff des Obligationenrechts in die Lehre vom Besitz scheint mir denn doch zu stark zu sein. Das ist freilich zuzugeben, daß wenn auf Grund eines übereinstimmenden oder auch nur eines Mehrheitsbeschlusses eine Besitzregulirung widerspruchslos stattgefunden hat, jeder Mitbesitzer die ihm und von ihm selbstgezogene Besitzgrenze nicht überschreiten darf, allein der Grund ist nicht der obligatorisch wirkende Regulirungsbeschluß, sondern die thatsächlich eingetretene Gestaltung des Besitzes. Wollte die Mehrheit der Theilhaber ihren Beschluß gegen den Willen des Ueberstimmten durchführen, so wären sie es, welche im bisherigen Besitzstande eigenmächtig Veränderungen vornehmen würden, gegen welche der überstimmte Mitbesitzer zur Selbstvertheidigung zu greifen berechtigt ist. Mit der Uebertragung der rechtsverbindlichen Kraft des Mehrheitsbeschlusses auf den Besitzstand würde zudem das Petitorium in einer dem Besitzinstitut durchaus fremden Weise eingeführt.

Der § 817 ist jedenfalls auf denjenigen Besitz nicht anwendbar, bei welchen den Mitbesitzern der Gebrauch der besessenen Sache nicht zukommt, wie bei dem einfachen Faustpfandbesitz.

Für den Schutz des Mitbesitzes sind besondere Vorschriften nicht nöthig, er wird soweit gestattet, als der Besitz jedes einzelnen Mitbesitzers besteht. Kollisionen werden im Besitzberichtigungsverfahren beseitigt. Der gedachte § 817 ist daher theils unrichtig, theils überflüssig, und beantrage ich sonach:

den § 817 zu streichen.

IV. Gerichtlicher Schutz.

Allgemeines.

§ 11.

Im § 8 haben wir den Grund des gerichtlichen Schutzes des Besitzes erkannt, und gefunden, daß dieser Schutz lediglich ein Ersatz des Selbstschutzes ist. Er wird daher unter denselben Voraussetzungen und zu demselben Zweck und nur in dieser Weise gewährt werden können, wie dieser gestattet ist, freilich mit denjenigen Modifikationen, welche von der Natur des gerichtlichen Verfahrens, im Gegensatz zur Natur der menschlichen Körperkraft gebieterisch gefordert werden. Die Motive erblicken zwar, wie oben angeführt, im gerichtlichen Schutz auch nur einen Ersatz des Selbstschutzes, allein der Entwurf hat doch die daraus sich ergebenden Konsequenzen in mehrfacher Hinsicht nicht gezogen, vielmehr an deren Stelle fremdartige Bestimmungen gesetzt, die überdies für ihre Anwendung im Leben sehr bedenklich sind.

Der Entwurf kennt zwei Besitzklagen, die Besitzentziehungsklage und die Besitzstörungsklage.[21]) Die erstere wird gegeben,

[21]) Der von verschiedenen Seiten wegen der vom Entwurf gebrauchten Ausdrücke „Besitzklage und Besitzprozeß" ausgesprochene Tadel, da ja nicht der Besitz, sondern die Inhabung geschützt werde, ist doch nicht so gerechtfertigt, wie man glaubt. Zwar ist der von den Motiven (S. 119) für Beibehaltung dieser Terminologie angeführte äußere Grund, daß man mit der Civilprozeßordnung (§ 232) in Uebereinstimmung bleiben solle, kein stichhaltiger, weil eine Revision dieses Gesetzbuchs ohnehin nothwendig ist, und es daher ein Leichtes wäre, statt „Besitzklage und Besitzprozeß" „Inhabungsklage und Inhabungsprozeß" zu setzen. Allein die Civilprozeßordnung wollte mit dem Ausdruck „Besitzklage" nur den Gegensatz zur Klage aus dem Rechte bezeichnen und nicht feststellen, was unter Besitz zu verstehen sei. Für sie ist der Ausdruck „Besitzklage" nur ein prozessualischer Sammelname für eine Reihe von Rechtsmitteln, die sich auf den Besitz beziehen, aber nicht ihren Grund lediglich in einem entzogenen oder gestörten Besitze haben. Der Entwurf will und kann an dieser Disposition der Civilprozeß-

wenn dem Inhaber der Sache die Inhabung durch verbotene Eigenmacht völlig entzogen ist; ihr Anspruch geht auf Wiedereinräumung der Inhabung. Die andere wird gegeben, wenn der Inhaber durch verbotene Eigenmacht in der Inhabung gestört ist; sein Anspruch geht dann auf Wiederaufhebung der Störung. Sind in letzterem Falle noch weitere Störungen nach den Umständen zu besorgen, so kann der Gestörte die Verurtheilung des Störers zur Unterlassung weiterer Störungen verlangen. Bei beiden Klagen wahrt nun der Entwurf das Prinzip, daß der gerichtliche Schutz des Besitzes nur ein Ersatz des Selbstschutzes sein soll, dahin, daß er, entgegen der Auffassung des geltenden Rechts, wonach der Besitzschutz sich gegen die Folgen eines Delikts richtet, und obwohl er die eigenmächtige Besitzentziehung als ein Delikt ansieht, doch nicht das Deliktsmoment, sondern das reine Besitzentziehungsmoment vorwalten läßt, und einestheils die Geltendmachung von Schadensansprüchen aus dem possessorischen Verfahren ausscheidet, und anderntheils nur die Wiederaufhebung der Entziehung der Inhabung als Gegenstand des possessorischen Anspruchs zuläßt. Die Motive sagen (S. 124) ausdrücklich: „wenn auch die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts regelmäßig auf alle Arten von Ansprüchen Anwendung finden, so hat doch der Umstand, daß die hier bestimmte Restitutionsverpflichtung von einer praesens possessio abhängt und nicht auf ein commissum sich gründet, die wichtige Konsequenz, daß alle Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung der Obligation unanwendbar werden; denn die Obligation (des Entziehers) besteht nur, insoweit deren Naturalerfüllung möglich und erzwingbar ist. Entäußert sich der Beklagte der Inhabung während des Prozesses, so wird er von der Besitzklage frei, bis auf seine Haftung für die Kosten des Verfahrens." Ist diese Auffassung der Motive maßgebend, so wäre es zur Vermeidung von Mißverständnissen besser gewesen, wenn der Entwurf den Anspruch des Besitzers, dem der Besitz entzogen worden ist, nicht als „Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung" formulirt hätte, sondern etwa als „Anspruch auf Wiederaufhebung der Entziehung der Inhabung".

ordnung nichts ändern, und es bleibt ihrer künftigen Auslegung überlassen, welche Rechtsmittel auch noch nach dem demnächstigen bürgerlichen Rechte Deutschlands oder der einzelnen Staaten unter der „Besitzklage" zu verstehen seien. Ueberdies giebt der Entwurf im § 821 in gewisser Beziehung auch dem Besitzer eine Klage, und wäre es daher jedenfalls nicht gerechtfertigt, lediglich von einer Inhabungsklage und einem Inhabungsprozeß zu reden.

Denn ohne jene erläuternde Bemerkung der Motive würde man den „Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung" als einen unbedingten, und von der praesens possessio des Entziehers unabhängigen mindestens dahin verstehen müssen, daß selbst bei inzwischen eingetretenem absichtlichen oder unabsichtlichen, fahrlässigen oder zufälligen Verlust des Zwischenbesitzes der Entzieher zur Restitution zu verurtheilen und daraufhin zu exequiren sei.

Die Darstellung der beiden Besitzklagen leitet der Entwurf mit dem Begriff der Fehlerhaftigkeit der Inhabung ein, welches Moment er bei der Präzisirung jener Klagen nicht entbehren zu können glaubt. Er sagt im

§ 818.

„Die durch verbotene Eigenmacht erlangte Inhabung ist fehlerhaft. Fehlerhaft ist auch die Inhabung des Erben desjenigen, dessen Inhabung fehlerhaft war. Die Inhabung eines sonstigen Nachfolgers des letzteren ist nur dann fehlerhaft, wenn der Nachfolger bei Erlangung der Inhabung die Fehlerhaftigkeit der Inhabung seines Vorgängers gekannt hat."

Der Entwurf führt hier ein Moment ein, welches er beim Selbstschutz der Inhabung (Selbstvertheidigung und Selbsthülfe) nicht in den Vordergrund treten ließ. Nach ihm ist für den Selbstschutz der eigenmächtige Entzieher, für den gerichtlichen Besitzschutz der eigenmächtige Inhaber und nicht der eigenmächtige Entzieher passiv legitimirt. Letzteres ist selbst vom Standpunkt des Entwurfs aus jedenfalls ein Fehler. Denn es giebt Fälle genug, in welchen nach dem vom Entwurf festgehaltenen Begriffe der eigenmächtigen Besitzentziehung zwar eine solche, nicht aber zugleich eine Inhabung des Entziehers bewirkt wird. Wer in der Absicht, dem Inhaber eines Hauses dessen Inhabung total zu entziehen, diesen dejizirt, alle Eingänge ungangbar macht, Thoren und Thüren verschließt, die Fensterladen vernagelt und unter Aufgebot von um das Haus gestellter Mannschaft den zurückkommenden Besitzer verjagt, so daß dieser von allen weiteren Selbstschutzhandlungen absteht, der hat nach der Sprachweise des Entwurfs dem Besitzer den Besitz gewiß entzogen, gleichwohl ist er nicht Besitzer oder Inhaber geworden. Gegen ihn wäre vor eingetretenem Besitzverlust Selbstschutz zulässig gewesen, gerichtlicher Besitzschutz aber wäre gegen ihn nach § 819 unzulässig, denn der hier präzisirte Anspruch auf Wiedereinräumung wird nur gegen den fehlerhaften Inhaber gewährt. Es bedarf

keiner weiteren Begründung, um das Irrige dieser Passivlegitimation zu erkennen. In dieser Hinsicht ist also der Begriff der Fehlerhaftigkeit der Inhabung (Satz 1) ein irrelevantes Moment.

Im zweiten Satz des § 819 dehnt der Entwurf den Begriff der Fehlerhaftigkeit, entgegen den im ersten Satz aufgestellten Voraussetzungen, auf die Inhabung des Erben desjenigen, dessen Inhabung fehlerhaft war, und ohne Rücksicht darauf aus, ob der Erbe=Inhaber von der Eigenmacht seines Erblassers etwas wußte oder nicht. Der Entwurf erkennt es zwar als prinzipiell richtig an, daß mit dem Tode des Eigenmächtigen dessen Inhabung erledigt, und die Inhabung des Erben eine neue Inhabung sei, allein er rechtfertigt diese ausnahmsweise Uebertragung des Eigenmachtscharakters der Inhabung des Erblassers auf die Inhabung des Erben damit, daß zwischen diesem und dem Verdrängten in Ansehung der Verfolgung der Rechte zum Haben der Sache die Rechtsposition ganz die gleiche bliebe, wie solche zwischen dem Erblasser und dem Verdrängten bestanden habe. Diese Argumentation ist sehr wenig stichhaltig. Die Uebertragbarkeit der Eigenschaft eines beim Erblasser bestandenen Verhältnisses nach dessen, durch den Tod jenes, erfolgten Auflösung auf ein beim Erben neu entstehendes Verhältniß wird Niemandem recht einleuchten wollen, und jedenfalls kann die Gleichheit der Rechtsposition des Erblassers und des Erben keinen Grund für die Identifizirung ihrer Voraussetzungen abgeben. Der Erbe eines Betrügers mag, wie dieser, dem Betrogenen haften, und es mag sonach zwischen beiden „in Ansehung der Verfolgung der Rechte zum Haben der Sache die Rechtsposition ganz die gleiche bleiben, wie solche zwischen dem Erblasser und dem Betrogenen bestanden hat", gleichwohl wird man nicht sagen können, der Erbe des Betrügers werde als Erbe selbst Betrüger. Und welchen Sinn soll der fundamentale Satz des § 2052 haben, der da sagt: „Der Besitz und die Inhabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen gehen nicht kraft des Gesetzes auf den Erben über", wenn die Motive S. 123 die Gleichsetzung der Inhabung des Erben mit der Inhabung des Eigenmächtigen proklamiren? Mit der Uebertragung des Eigenmachtscharakters der Inhabung des Erblassers auf die Inhabung des Erben wird aber auch das Petitorium in den Besitzprozeß eingeführt, wodurch dessen sonst einfaches Wesen in unabsehbare Verwirrungen gebracht wird. Denn es müßte in jedem einzelnen Streitfall die Erbenqualität des neuen Inhabers bewiesen werden.

Das hat ja der Entwurf ganz richtig herausgefühlt, daß demjenigen, dessen Besitz von einem Dritten eigenmächtig entzogen worden ist, gegen den Nachfolger dieses Dritten im Besitz eine Besitzklage auch dann gegeben werden muß, wenn dieser von der Eigenmacht seines Erblassers keine Kenntniß hatte. Weil er sich aber einmal zum Dogma des eigenmächtigen Besitzes als Voraussetzung des Besitzschutzes bekannt hat, glaubte er, um dem Bedürfniß des Besitzschutzes in letzterem Falle gerecht werden zu können, zur Fiktion der Uebertragung des Eigenmachtscharakters des früheren Besitzes auf den späteren Besitz, zur Einmischung des Petitoriums, zum Abfall vom Prinzip des Ersatzes des Selbstschutzes durch gerichtlichen Schutz und zur Veränderung des einfachen Wesens des Besitzprozesses schreiten zu müssen. Diese Schwierigkeiten würden dadurch vermieden worden sein, wenn er das Erforderniß der Eigenmacht aufgegeben, und an seine Stelle das der objektiven Störung des Besitzes gesetzt hätte. Dann würde der dermalige Inhaber einer Sache nicht aus der Person seines Erblassers, sondern auf Grund seiner eigenen Störung aus seiner Person für Beseitigung der Störung haften. Es ergiebt sich hieraus, daß auch der zweite Satz des § 818 nicht zu billigen ist.

Die Bestimmung des dritten Satzes:

> „Die Inhabung eines sonstigen Nachfolgers des letzteren ist nur dann fehlerhaft, wenn der Nachfolger bei Erlangung der Inhabung die Fehlerhaftigkeit der Inhabung seines Vorgängers gekannt hat"

ist weniger an sich, als durch die von den Motiven ihr gegebene Deutung unrichtig. Dieselben erkennen den Satz, daß mit dem Gelangen der Inhabung in die Hand eines Dritten die frühere Fehlerhaftigkeit aufhöre, allerdings als richtig an, finden auch in dem mit dem Bewußtsein der Fehlerhaftigkeit verbundenen Besitzerwerb nicht etwa eine Theilnahme des Erwerbers an dem Delikte seines Vorgängers, allein sie erblicken in diesem Erwerbe eine Handlung in fraudem legis in sofern, als durch eine solche Veräußerung der Inhabung Seitens eines unter dem Restitutionsbefehle des § 819 stehenden eigenmächtigen Inhabers der Zweck dieses Befehls vereitelt würde. Die gerügte Fehlerhaftigkeit ist hiernach nicht auf verbotene Eigenmacht, sondern auf eine zum Nachtheil des Besitzers gereichende Umgehung des Gesetzes gegründet. Diese Motivirung und Deklaration weicht indessen von dem mit dem Wortlaut des dritten Satzes des § 818 gegebenen Sinne sehr erheblich ab, und es bedürfte daher

dieser Satz, sollte der Sinn der Motive maßgebend sein, zum Mindesten einer neuen Bearbeitung. Nicht alle Fälle des mit der Kenntniß von der Eigenmacht des Vorgängers verbundenen Besitzerwerbs fallen übrigens unter den Begriff der Handlungen in fraudem legis. Auch hier würde schließlich die betrügerische Absicht und das Rechtsgeschäft der „sonstigen Nachfolge" Gegenstand der Verhandlung und Beweisaufnahme werden und das Petitorium einen verwirrenden Einfluß auf das Possessorium haben.

Dieser Fehlerhaftigkeit des Besitzes in ihren drei Richtungen legt nun der Entwurf nicht nur die Wirkung der Bestimmung der Beklagtenrolle in der Besitzentziehungsklage, sondern auch die eines Freibriefs für den aus seinem Besitz Verdrängten bei, innerhalb einer gewissen ungewissen Zeit seinen verlorenen Besitz mittelst gewaltthätiger Selbsthülfe wieder zu erobern. Der Entwurf bestimmt nämlich für die Besitzentziehungsklage, daß der Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes ausgeschlossen sei, wenn der frühere Inhaber (der Kläger) gegenüber dem gegenwärtigen Inhaber (dem Beklagten) fehlerhaft innehatte, und für die Besitzstörungsklage, daß der Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung ausgeschlossen sei, wenn der Gestörte (der Kläger) gegenüber dem Störer (dem Beklagten) fehlerhaft innehat. Er verkennt zwar nicht, daß der Anspruch des durch Eigenmacht seines Besitzes Entsetzten oder darin Gestörten, als Deliktsanspruch betrachtet, die exceptio vitii nicht rechtfertige, da mehrfache wechselseitige Delikte sich nicht aufhöben, auch verkennt er nicht, daß die letzte, den gegenwärtig fehlerhaften Besitz herbeiführende Entziehungs- oder Störungshandlung formell rechtswidrig sei, allein er findet doch einestheils die jetzige Besitzlage materiell richtig, nämlich so, wie sie sein würde, wenn von keiner Seite eigenmächtig verfahren worden wäre, und anderntheils, daß es dem Zweck des Besitzprozesses nicht entspreche, wenn man bei mehrfacher auf einander gefolgten Gewaltsamkeiten nur die letzte berücksichtigen wollte. Schon von Bähr (S. 102) ist darauf aufmerksam gemacht worden, daß die Gestattung der Eigenmacht in solchem Falle mit dem § 815 Abs. 3 nicht übereinzustimmen scheine. Und in der That würde hiermit der grellste Widerspruch geschaffen. Denn nach § 815 Abs. 3 ist der eigenmächtig Depossedirte zur eigenmächtigen Wiedergewinnung seines verlorenen Grundstückbesitzes nur dann berechtigt, wenn er sofort nach erlangter Kenntniß von der Entziehung die Inhabung sich wieder verschafft, und zur Anwendung von Gewalt gegen die Person

sogar nur dann, wenn die Wiederverschaffung sofort nach der Entziehung erfolgt. Die nach diesen Zeiträumen erfolgte Wiederverschaffung mit oder ohne Gewalt ist eine unerlaubte Selbsthülfe. Wenn nun auf Grund dieser Gesetzesvorschrift der zuletzt Dejicirte Besitzentziehungsklage erhebt und wegen seines ursprünglich fehlerhaften Besitzes zurückgewiesen wird, so ist das in § 815 Abs. 3 enthaltene Verbot doch weiter nichts als ein rein theoretisches, lediglich auf dem Papier stehendes, das von Niemand beachtet zu werden braucht. Noch viel auffälliger ist das Resultat, wenn es sich um die Wiederabnahme einer gestohlenen oder geraubten Sache handelt (§ 815 Abs. 2). Jedenfalls bedarf der Entwurf, wenn man auf der von ihm angenommenen Grundlage der Eigenmacht fortbauen will, in dieser Hinsicht einer genaueren Durcharbeitung. Indessen ist die Entscheidung dieser Frage sehr einfach, wenn man an dem für den gerichtlichen Schutz des Besitzes maßgebenden Grundgedanken festhält, wonach derselbe lediglich ein Ersatz für den Selbstschutz des gestörten Besitzes ist. Nur Selbstvertheidigung eines bestehenden, aber angefochtenen (gestörten) Besitzes zum Zweck seiner Aufrechthaltung ist zulässig, nicht aber Selbsthülfe behufs Wiedererlangung eines verlorenen, gleichwie verlorenen, ob durch Gewalt oder sonstwie verlorenen Besitzes. Damit fällt und muß fallen die exceptio vitiosae possessionis in der vom Entwurf angenommenen Richtung. Wenn A. am 1. Juni den B. aus einem von demselben besessenen Hause hinausdrängt und dieser nicht alsbald vermittelst Selbstschutzes oder Klage in seinem Besitze sich zu erhalten sucht, vielmehr sich allmälig in seinen Besitzverlust findet, und dann derselbe B. am 1. März des nächsten Jahres den A. hinauswirft, so ist doch der zuletzt dejicirte A. zur alsbaldigen Wiedergewinnung des Hauses durch gewaltthätige Selbstvertheidigung berechtigt. Ruft er dagegen innerhalb der vom Gesetz gestatteten Frist richterlichen Schutz an, und klagt auf Beseitigung der Störung des Beklagten, so kann dieser seinen früheren Besitz nicht gerichtlich geschützt verlangen, weil er ihn verloren, weil er sich bei dessen Verlust beruhigt hat, und weil eine Selbsthülfe behufs Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes schlechterdings nicht gestattet ist. Das in der exceptio vitiosae possessionis zur Erscheinung gelangende Wiedervergeltungsrecht ist nichts Anderes als ein Recht auf eigentliche Selbsthülfe.

Aus Vorstehendem ergiebt sich, daß die vom Entwurf aufgestellten Begriffe von Fehlerhaftigkeit des Besitzes und die damit ver-

knüpften Folgen eine Aufnahme in die Lehre vom Besitzschutz nicht finden können, weshalb ich beantrage:

den § 818 und die zweiten Absätze der §§ 819 und 820 zu streichen.

1. Die Besitzstörungsklage.

§ 12.

Der Entwurf kennt, wie wir gesehen haben, zwei Besitzklagen, die Klage wegen totaler Entziehung des Besitzes und die Klage wegen bloßer Störung des Besitzes. Der § 819 lehrt bezüglich der ersten:

„Derjenige, welchem die Inhabung durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, hat gegen den Inhaber, welcher ihm gegenüber fehlerhaft inne hat, den Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung", und der § 820 besagt:

„Ist der Inhaber durch verbotene Eigenmacht in der Inhabung gestört, so hat er gegen den Störer den Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung; sind weitere Störungen nach den Umständen zu besorgen, so kann er die Verurtheilung des Störers zur Unterlassung weiterer Störungen verlangen".

Nun haben wir aber gesehen, daß das Gesetz einen Anspruch auf Wiedereinräumung eines verloren gegangenen Besitzes nicht geben kann, ohne mit dem fundamentalen Verbot der Selbsthülfe in Konflikt zu gerathen. Das Gesetz kann und darf nur den Selbstschutz und den gerichtlichen Schutz eines zwar angegriffenen, aber immerhin noch bestehenden Besitzes, zum Zweck dessen Aufrechterhaltung gestatten und gewähren; die Besitzklage kann nur eine Besitzstörungsklage sein.

Veranlassung zum Schutz ist sodann nicht blos die eigenmächtige Entziehung oder Störung und die fehlerhafte Inhabung des Beklagten, sondern jede objektive Störung, ohne Rücksicht auf Inhabung des Störenden. Es müssen daher die §§ 819 und 820 wegfallen.

Bei der Formulirung der an ihre Stelle tretenden Bestimmung ist der Ausdruck: der Besitzer hat einen Anspruch auf gerichtlichen Schutz —, weil nicht üblich, zu vermeiden; wir müssen im Anschluß an das ganze System des Entwurfs dem Besitzer einen Anspruch gegen den Störer geben. Bei dem Selbstschutz haben wir drei Stadien der Störungen kennen gelernt, in denen sich derselbe bethätigen kann, die der drohenden, eintretenden und vollendeten

Störungen. Beim gerichtlichen Schutz ist die besondere Hervorhebung des Stadiums des Eintretens deshalb nicht praktisch, weil während der vom gerichtlichen Verfahren in Anspruch genommenen Zeit die Störung weitere räumliche Fortschritte machen kann. Es genügt die Hervorhebung der bereits eingetretenen und der noch drohenden Störung. Stehen drohende persönliche Störungshandlungen des Störers in Frage, so geht der Anspruch des Besitzers auf Unterlassung solcher Störungen; drohen rein sachliche Störungen von Seiten des Beklagten, so geht der Anspruch des Besitzers auf Verhütung solcher Störungen, und ist die Störung bereits eingetreten, so geht der Anspruch auf Beseitigung der Störung.

Demgemäß beantrage ich: unter Streichung der §§ 819 und 820 folgendes zu bestimmen:

§ 819.

Der in seinem Besitz Gestörte hat gegen den Störer einen Anspruch auf Unterlassung oder Verhütung drohender, und auf Beseitigung eingetretener Störungen (Besitzstörungsklage).

Nach unserer bisher begründeten Auffassung und dem Wortlaut dieses Satzes kommt der gerichtliche Schutz jedem Besitzer zu, auch demjenigen, der seinen Besitz durch Abgabe eines Theils seines Besitzes an einen Anderen beschränkt hat. Der Entwurf hat sich durch seine Unterscheidung von Besitz und Inhabung von vorn herein auf eine schiefe Ebene begeben, und ist nun genöthigt, beim Auftauchen gewisser Fragen, die nur in einem gewissen Sinne beantwortet werden können, zu äußerst künstlichen Hülfsmitteln seine Zuflucht zu nehmen. So bestimmt er im § 821:

„Ist der Inhaber nicht zugleich der Besitzer, so stehen die nach den §§ 819, 820 für den Inhaber begründeten Rechte auch dem Besitzer zu. Will der frühere Inhaber in dem Falle der Entziehung der Inhabung diese nicht wieder übernehmen, so kann der Besitzer fordern, daß die Inhabung ihm selbst eingeräumt werde.

Hat der Inhaber die Inhabung für einen Anderen, welcher für den Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, so hat auch dieser Andere die nach dem ersten Absatze dem Besitzer zustehenden Rechte."

Die hier gegebene Construktion des Besitzschutzes des Besitzers ist äußerst scharfsinnig, aber sie führt zu unrichtigen Resultaten. Die

Motive rechtfertigen das besondere, selbstständige Schutzrecht des Besitzers überhaupt damit, daß zwar das Vertretensein durch einen Detentor in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt nicht eine eigene, wenn auch nur mittelbare Inhabung, wohl aber ein Aequivalent der eigenen Inhabung als Besitzerforderniß sei. Auf diese kunstvolle Unterscheidung will ich nicht näher eingehen, sondern mit der Thatsache mich begnügen, daß die Inhabung des Detentors etwas Aehnliches wie Inhabung des Besitzers sei. Allein es ist nicht richtig, daß sich das Besitzunrecht der verbotenen Eigenmacht nur gegen den Vertreter richte und daß nur aus der Person dieses Vertreters sich die Frage entscheide, ob ohne den Willen des Inhabers von einem Dritten auf die Sache eingewirkt sei und somit der Thatbestand der verbotenen Eigenmacht vorliege. Wenn mit Zustimmung des Miethbesitzers ein Dritter in der Wohnung zerstörende oder beschädigende Handlungen vornimmt, Fenster zerschlägt oder aushebt, wodurch Regen und Schnee Zutritt erhalten, oder die Wände zertrümmert, so ist zwar gegen den Miethbesitzer keine Eigenmacht verübt, wohl aber gegen den vermiethenden Eigenbesitzer des Hauses. Und wenn A. beabsichtigt, den seinem Feinde B. zustehenden Besitz des ganzen Hauses sich anzueignen und zunächst den, nach Namen und Person ihm gänzlich unbekannten Miethbesitzer C. wie ein Stück Möbel aus dem Wege zu räumen, so muß man doch zugeben, daß sich das Besitzunrecht der verbotenen Eigenmacht doch mindestens auch gegen den Hausbesitzer richtet. In beiden Fällen wird jeder Unbefangene dem Hausbesitzer wegen der gegen ihn und seinen Besitz geübten Eigenmacht die Besitzklage geben. Man wird dies eben damit rechtfertigen, daß soweit das vernünftige Interesse und der Besitz eines jeden von Beiden, des Hausbesitzers und des Wohnungsbesitzers, geht, auch ein Schutz gegen Störungen gewährt werden müsse. Offenbar im Gefühl des Vorhandenseins einer direkten Verletzung des Besitzes des Besitzvertretenen haben denn auch die Motive (S. 128 Nr. 2) für die Zeit nach eingetretener Störung, wenigstens für die erste Zeit, jenes Aequivalentverhältniß der beiden Inhabungen preisgegeben, indem sie mit der Veränderung des Besitzstandes durch verbotene Eigenmacht den adjectizischen Klaganspruch auf Wiederherstellung als einen fest erwachsenen ansehen. Sie sprechen dem Inhaber, gegen welchen das Besitzunrecht verübt ist, das Recht ab, die eigenmächtige Handlung und den durch sie geschaffenen Zustand hinterher zu genehmigen, und insbesondere in das Verbleiben der entzogenen Sache in den Händen des Entziehenden

mit der Wirkung zu willigen, daß der konkurrirende Besitzanspruch aufgehoben werde. Materiell muß man ja mit der Selbstständigkeit dieses Besitzanspruches des Besitzers einverstanden sein, aber eine materielle Rechtfertigung des plötzlichen Eintritts dieser Selbstständigkeit haben die Motive nicht versucht. Ist das Besitzunrecht wirklich nur gegen den Inhaber verübt, und nicht gegen den Besitzer, warum soll jener dasselbe nicht verzeihen können, und warum soll dieser nun auf einmal ein Unrecht gegen seine Person empfinden, was es im Moment seiner Verübung nicht war? Dies sind meines Erachtens künstliche Lösungen selbstgeschaffener Schwierigkeiten, die dem nüchternen Betrachter der Dinge nicht einleuchten wollen. Die Herrschaft dieser Selbstständigkeit des Besitzers dauert aber nach den Motiven nicht lange Zeit. Denn wenn es zum Besitzprozesse kommt, so kann der selbstständige Kläger primär keineswegs die Rückgabe der entzogenen Sache für sich und an sich verlangen, sondern nur an den bisherigen Inhaber, „welcher in Ansehung des Rechtes, diese Rückgabe der Sache zu verlangen, der Nächstberechtigte bleibt. Nur wenn der Vertreter die Sache nicht zurücknehmen will, ist es gerechtfertigt, daß die Sache an den Vertretenen zurückgegeben werde. Bis zu einer solchen Willenserklärung des Vertreters erscheint die Uebergehung desselben bei der Restitution der Sache unstatthaft." Mit Genugthuung muß man es begrüßen, daß die Motive im Laufe ihrer Darstellung doch einmal den richtigen Standpunkt einnehmen. Denn sie sagen zur Begründung dieses Nebenklagerechts des Besitzers (S. 127 a. E.), daß durch dasselbe „dem Vertretenen ein Mittel gewährt werde, um, unabhängig von seinem vielleicht verhinderten oder nicht pflichtgetreuen Vertreter, die seinem rechtlichen Interesse entsprechende Restitution des früheren Besitzstandes herbeizuführen." Trifft dies aber nicht vollkommen schon für die Zeit der Besitzstörung zu? Wenn der nichtpflichtgetreue Vertreter im Einverständniß mit dem Dritten den Besitz sich entziehen läßt, ist er da weniger „nicht pflichtgetreu," als wenn er nach widerwillig verlorenem Besitze die Mühen und Gefahren einer Prozeßführung und die Einmischung in das Exekutionsverfahren durch Mitwirkung bei der Rückgabe der Sache scheut? Dies deutet doch ganz unzweifelhaft auf die Nothwendigkeit der gleichanfänglichen Selbstständigkeit des Besitzers und des Schutzes seiner Interessen gegen jede, also auch gegen die mit Einwilligung des Inhabers vorgenommene Besitzverletzung. Bedürfte es schließlich noch eines weiteren Beweises für den Mangel des Ver-

trauens der Motive zur ganzen Konstruktion des Entwurfes, so kann derselbe wohl in dem Satze der Motive (S. 128 oben) gefunden werden: „Zugleich wird durch diese Ausdehnung des Besitzschutzes die Abweichung des Entwurfes vom geltenden Rechte gemindert."

Nach dem ganzen Wesen des Besitzes und des Besitzschutzes bedarf es einer besonderen gesetzlichen Normirung der Besitzklage für den Fall, daß eine und dieselbe Störung mehrere Besitzer einer und derselben Sache trifft, keineswegs, und beantrage ich daher:

den § 821 zu streichen.

2. Die Besitzberichtigungsklage.

§ 13.

Der Entwurf kennt eine Besitzberichtigungsklage nicht. Gleichwohl ist sie im Leben gar nicht zu entbehren. Die Feststellungsklage des § 231 und die einstweilige Verfügung des § 815 ff. der C. P. O., das possessorium summariissimum und die Grenzberichtigungsklage des § 852 Entw. reichen nicht aus, um ein dringendes Bedürfniß voll und ganz zu befriedigen. Bei der größten Mehrzahl der Besitzstreitigkeiten ist nämlich der wahre und wirkliche gegenwärtige Besitzstand in solider Weise gar nicht festzustellen. Von beiden Seiten werden Besitzeshandlungen bewiesen, die sich auf eine geraume Zeit vor der Klage erstrecken, jeder Theil erblickt in der Besitzeshandlung des anderen eine eigenmächtige Störung, die Zeugen wissen in der Regel über das Alter des Besitzes des einen oder des anderen Theiles nichts Zuverlässiges anzugeben, und der Richter kommt zur Ueberzeugung, daß in der That eine eigentliche Besitzverwirrung vorliegt. Trotzdem bleibt ihm nach dem bisherigen Rechte nichts Anderes übrig, als auf den Eid eines oder des anderen Theils zu erkennen und im Bewußtsein von der völligen materiellen Beweislosigkeit dieses Beweismittels den Streit über den Besitz formell abzuthun. Wer einige Erfahrung in diesen Dingen hat, wird zugeben müssen, daß diesem aleatorischen Verfahren vorgebeugt und dem Richter eine umfassendere Würdigung der Sachlage, namentlich mit Bezug darauf, daß doch jeder Theil im Laufe einer längeren Zeit Besitzeshandlungen unter den Augen des anderen Theils vorgenommen und dabei sein Interesse gewahrt hat, eingeräumt werden muß. Dies im Näheren zu begründen, wird überflüssig sein, und beantrage ich daher, die Besitzberichtigungsklage einzuführen, etwa in folgender Weise:

§ 820.

Kann bei einem Streit um den Besitz die wirkliche Gestalt desselben nicht ermittelt werden, so hat das Gericht auf Antrag eines Theils den Besitzstand unter Berücksichtigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu berichtigen (Besitzberichtigungsklage).

3. Einwendungen im Besitzprozesse.

§ 14.

Der Entwurf bestimmt im § 822:

„Wird auf Grund der §§ 819 bis 821 Klage erhoben (Besitzklage), so kann der Beklagte in dem Besitzprozesse das Recht auf die Innhabung oder das Recht zur Vornahme der als Störung gerügten Handlung nur in soweit geltend machen, als es erforderlich ist zur Begründung des Einwands, daß verbotene Eigenmacht nicht verübt worden sei."

Der hier ausgesprochene Grundgedanke, daß im Besitzprozesse eigentliche petitorische Einwendungen ausgeschlossen sind, ist vollständig richtig. Mit Bezug auf das in diesem Gutachten angenommene Wesen des Besitzes und Besitzschutzes beantrage ich folgende Fassung:

§ 822 (821).

Im Besitzprozesse kann der Beklagte ein Recht auf die Störungsthatsache nur insoweit geltend machen, als es zur Widerlegung der Behauptung einer Besitzstörung dienlich ist.

4. Verhältniß der Besitzklage zur Klage aus dem Rechte.

§ 15.

Die Bestimmung des Entwurfs im § 823:

„Durch die Erhebung der Besitzklage wird die Erhebung der Klage aus dem Rechte, durch die Erhebung der Klage aus dem Rechte die Erhebung der Besitzklage nicht gehindert.

Wird in dem über das Recht anhängig gewordenen Prozesse früher rechtskräftig entschieden, als im Besitzprozesse, so ist, wenn und soweit die im Besitzprozesse als verbotene Eigenmacht gerügte Handlung dem durch die Entscheidung in dem ersteren Prozesse festgestellten Rechte entspricht, die Besitzklage in der Hauptsache, vorbehaltlich der über den Kostenpunkt zu treffenden Entscheidung, als er-

ledigt angesehen" — ist völlig richtig, nur dürften an die Stelle der Worte: „als verbotene Eigenmacht gerügte Handlung" die Worte: „als Störung bezeichnete Thatsache" zu setzen sein.

5. Frist zur Klageerhebung.

§ 16.

Der Entwurf bestimmt für die Besitzentziehungs- und die Besitzstörungsklage weder eine Verjährung, noch unmittelbar eine Präclusivfrist, wohl aber letztere mittelbar, indem er für die prozessuale Behauptung eines Besitzunrechts eine von der Begehung der als verbotene Eigenmacht gerügten Handlung an beginnende Ausschlußfrist setzt. Er bestimmt nämlich im § 824:

„Im Besitzprozesse können als verbotene Eigenmacht Handlungen nicht mehr geltend gemacht werden, seit deren Vornahme zur Zeit der Geltendmachung eine längere Frist als ein Jahr verstrichen ist. Die vorstehende Vorschrift findet in soweit keine Anwendung, als die Geltendmachung zur Begründung des Einwandes erforderlich ist, daß von Seiten des Einwendenden verbotene Eigenmacht nicht verübt worden sei."

Schon Bähr (S. 103) hat auf die leichte Umgehbarkeit dieser Vorschrift aufmerksam gemacht. Er setzt den Fall: A hat dem B am 1. Januar, B dem A am 1. Juli entsetzt; erhebt A sofort Klage gegen B, so wird ihm die Einrede aus der Entsetzung vom 1. Januar entgegengestellt. Kluger Weise wartet er daher mit der Klageerhebung bis zum 1. Januar des folgenden Jahres und gründet seine Klage auf die Entsetzung vom 1. Juli; dann ist der Beklagte mit der Einrede der am 1. Januar des vorigen Jahres vom Kläger ihm widerfahrenen Entsetzung ausgeschlossen. Ein weiterer offensichtlicher Mißstand ist der, daß der Entwurf die Besitzentziehungsklage zwar nach Ablauf eines Jahres ausschließt, das Wiederbemächtigungsrecht des § 815 Abs. 3 aber zeitlich nicht absolut begrenzt, dasselbe vielmehr noch nach Jahren zuläßt und nur mit der Schranke umgiebt, daß es sofort nach erlangter Kenntniß von der Entziehung ausgeübt werden müsse. Dies ist prinziplos und durch und durch gefährlich. Die richtige Lösung der Zeitfrage ist leicht, wenn man sich des Grundes des gerichtlichen Besitzschutzes erinnert. Vor Allem ist Selbsthülfe behufs Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes nicht gestattet, folglich kann auch eine Klage in dieser Richtung nicht gegeben werden. Ein Selbstschutz findet nur als Selbstvertheidigung zur Aufrechterhaltung

eines zwar gestörten, aber immer noch bestehenden Besitzes statt, und da der gerichtliche Schutz nur ein Ersatz für den Selbstschutz ist, so muß jener alsbald, sofort, ohne Zeitverlust und noch bevor sich der Gestörte mit dem durch die Störung bewirkten Zustande zufrieden gibt, angerufen werden. Eine Anrufung gerichtlicher Hülfe in den ersten Tagen ist nicht thunlich, man muß dem Gestörten eine zwar kurze, aber immerhin eine zur Klageerhebung erforderliche Zeit lassen, nicht mehr und nicht weniger, und wäre daher nur die Frage, welche Zeit? Praktische Rücksichten empfehlen die Zeit von drei Monaten, von der Kenntniß des Gestörten von der Störung und der Person des Störenden an gerechnet. Diese Zeit reicht für Jeden, dem es um die Aufrechterhaltung seines Besitzes wirklich Ernst ist, also für einen sorgfältigen Besitzer, zur Instruktion über die maßgebenden Verhältnisse vollständig aus. Jede unnütze Erweiterung dieser Klagefrist wäre ein Unrecht gegen den objektiven Besitzstörer, und zwar in doppelter Hinsicht, einmal weil mit Wochen und Monaten der Thatbestand sich zu verdunkeln pflegt, und damit des Störers Gegenbeweis erschwert wird, und sodann deshalb, weil der Besitzverkehr es dringend erfordert, daß ein Besitzer nicht lange darüber im Zweifel gelassen werde, ob ein Anderer seinen Besitz bestreite oder anerkenne.

Diese Rücksichten und zugleich das öffentliche Interesse, welches eine baldige Regulirung streitiger Besitzverhältnisse erheischt, machen denn auch für die Besitzstörungsklage eine kurze Verjährungszeit nöthig. Nach dieser Zeit soll jede solche Klage auf Antrag des Beklagten zurückgewiesen werden können, einerlei, wann der Gestörte von der ihm wiederfahrenen Störung und von der Person des Störers Kenntniß erhalten hat. Wer sich während einer langen Zeit um seinen Besitz gar nicht bekümmert, wer Haus und Hof verläßt und in fremde Länder geht, ohne einen Bevollmächtigten oder einen sorgfältigen Bevollmächtigten zurückzulassen, der für Aufrechterhaltung seines Besitzes sorgt, und damit selbst so sehr wenig Interesse an der Aufrechterhaltung seines Besitzes zeigt, der ist nicht berechtigt, das Vertrauen und den Schutz des Publikums in Anspruch zu nehmen, der verdient keinen Besitzschutz. Ueber die Dauer der Verjährungszeit kann man verschiedener Ansicht sein, doch empfiehlt sich nach dem Vorgang anderer Gesetzgebungen die Dauer eines Jahres.

Demgemäß beantrage ich die Streichung des § 824 und seinen Ersatz durch nachfolgende Bestimmung:

§ 824.

Der Anspruch des in seinem Besitze Gestörten (§ 819) verjährt in einem Jahre nach eingetretener Störung.

Auf Antrag des Beklagten wird er ausgeschlossen, wenn die Klage nicht innerhalb dreier Monate nach vom Kläger erlangter Kenntniß der eingetretenen Störung und der Person des Störenden erhoben ist.

Es können freilich Umstände eintreten, welche eine Klageerhebung innerhalb dieser dreier Monate unmöglich machen, wie namentlich dann, wenn der Störende nicht anwesend, und sein dermaliger Aufenthaltsort unbekannt ist. Doch glaube ich, auf dieses Detail nicht eher eingehen zu sollen, als bis eine Aussicht dafür besteht, daß diese kurze Ausschlußfrist im Prinzip angenommen wird.

6. Beweiserleichterung zu Gunsten des Besitzers.

§ 17.

Im Schlußparagraphen des Abschnitts von dem Besitz und der Inhabung trifft der Entwurf folgende Bestimmung:

§ 825. „Hat Jemand den Besitz einer Sache verloren oder wird diese während seines Besitzes beschädigt, so wird vermuthet, daß sein Vermögen im ersten Falle um den Werth der Sache, im zweiten Falle um die Verringerung des Werthes derselben vermindert worden sei."

Diese Bestimmung gehört augenscheinlich nicht in die Lehre vom Besitz (und der Inhabung). Die Motive erkennen dies an, indem sie (S. 133) bemerken, daß diese Vorschrift die einzige in diesem Abschnitte sei, welche an die Voraussetzung des Besitzes eine das Eigenthum betreffende und zwar den Beweis desselben erleichternde Rechtsnorm anknüpfe. Ich beantrage daher:

den § 825 aus dem Abschnitt vom Besitz zu entfernen.

Urtheil und Beweis.

Von Rechtsanwalt beim Reichsgericht, Privatdozent Dr. Kläppel in Leipzig.

Der neunte und zehnte Abschnitt des ersten Buches des Entwurfes umfassen nur wenige Bestimmungen (§§ 190 — 198), aber diese „markiren" das ganze Grenzgebiet zwischen Privatrecht und Prozeß, welches im Pandektensysteme unter der Bezeichnung: „Schutz der Rechte" den Schluß des allgemeinen Theils bildet, während es anderwärts wohl zutreffender als „materielles Prozeßrecht" in dieses Rechtsgebiet hineingezogen ist. Es umfaßt in der Hauptsache drei Gruppen: die Rechtssätze über die gerichtliche Geltendmachung der Rechte durch Klage und Einrede, die Rechtssätze über Beweisbedürftigkeit und Beweisbarkeit streitiger Rechte, und die Rechtssätze über die Gestaltung der Rechte durch die richterliche Entscheidung. Die erste Gruppe ist in dem Entwurfe ganz ausgefallen, weil, wie die Motive gelegentlich sagen, die C. P. O. „genügende Stellung" zu diesen Fragen genommen habe, was denn (I S. 357—364) noch besonders an einer Reihe einzelner Punkte erläutert wird. Von der zweiten Gruppe enthält Abschnitt 10 nur die Rechtssätze über die Beweislast, wieder weil die C. P. O. nur diese dem „materiellen Recht" zur Regelung überlassen hat; ebenso trägt Abschnitt 9 aus der dritten Gruppe nur einige Sätze ergänzend zur C. P. O. nach. Diese Zerreißung eines zusammenhängenden Rechtsstoffes war durch den Gang der Gesetzgebung bestimmt und kann jedenfalls den Verfassern des Entwurfs nicht zur Last gelegt werden. Aber auch wenn die Frage einer späteren zweckmäßigeren Anordnung für jetzt dahingestellt bleibt, kann die Besprechung der vorliegenden Bestimmungen des Entwurfs sich nicht an die Zufälligkeit der gegebenen Abgrenzung binden, da die Prüfung unumgänglich ist, wie sie in die geltenden Vorschriften der C. P. O. eingreifen würden und ob dabei Widersprüche,

Unebenheiten und Lücken vermieden sind. Hierzu aber wird gerade von der im Entwurf übergangenen Gruppe auszugehen sein, weil diese die natürliche Grundlage für die beiden anderen bildet.

I.

Das Wort „Klage" ist in der deutschen Sprache durchweg der actio des römischen Rechts gleich genommen worden, und wenn die privatrechtliche Seite der actio als Klagerecht unterschieden wurde, so ließe sich die prozessuale entsprechend als „Klagehandlung" bezeichnen. Indem Windscheid es unternahm, den Begriff der actio für das Privatrecht durch den des „Anspruchs" zu ersetzen, wählt er diesen Ausdruck, weil er — freilich unter Verkennung seiner ursprünglichen Verwendung gerade in der Gerichtssprache — meinte, es sei darin „das Element des Gerichtes, des gerichtlichen Gehörs und gerichtlichen Schutzes" nicht enthalten (Pand. § 44); es sollte ihm „das Ansprechen als rechtliche Zuständigkeit, also das Recht von einem andern etwas zu verlangen" ausdrücken. In diesem Sinne nimmt jetzt der Entwurf das Wort auf, indem er (§ 154) die „Klageverjährung" durch eine „Anspruchsverjährung" ersetzt und dabei den „Anspruch" erklärt als „das Recht, von einem andern eine Leistung zu verlangen." Die Motive erläutern dies weiter (I S. 291) dahin: „unter Anspruch wird das Recht in seiner Richtung gegen eine bestimmte Person verstanden, vermöge dessen von derselben eine gewisse Leistung — die zur Verwirklichung des Rechtes erforderliche Handlung oder Unterlassung — verlangt werden kann"; wie sonst die actio als „das der Klagehandlung zum Grunde liegende Privatrecht selbst, sofern es eine Leistung des Gegners zur Folge zu haben bestimmt ist", erklärt wurde (Böcking Pand. § 131a). Die Motive sind sich dabei vollkommen klar, daß „nicht unter den Anspruchsbegriff im Sinne des Entwurfs das Recht auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisses durch öffentlichen Spruch fällt", der „Gegenstand dieses Rechtes nicht eine Leistung ist." Sie stellen den Widerspruch ganz nackt und ohne Versuch einer Lösung hin, daß „die C. P. O. in letzterer Hinsicht auf einem abweichenden Standpunkte steht", indem „die Motive zu § 223 des Entwurfs (jetzt § 231) von dem Gedanken eines der Feststellungsklage zu Grunde liegenden Anspruchs beherrscht werden." Freilich kann die C. P. O., wenn sie in § 293 auch eine Rechtskraft des Feststellungsurtheils anerkennen will, unter „Anspruch"

nicht im Sinne des Entwurfs zum B. G. B. das „Recht, eine Leistung zu verlangen" verstehen. Der Widerspruch wird auch nicht gehoben, wenn man, statt mit den letzten Motiven zur C. P. O. dem § 231 einen „selbständig verletzbaren und verfolgbaren Anspruch auf Feststellung" unterzuschieben, mit den Motiven zum Entwurf von 1871 diese Bestimmung in übrigens sehr verständiger Weise auf das Bedürfniß zur Abwendung bevorstehender Rechtsverletzung gründet. Denn so lange das Wort „Anspruch" im § 293 stehen bleibt, werden wir die Qual nicht los, neben dem privatrechtlichen einen verschiedenen prozessualen Begriff des „Anspruchs", sei es als „Rechtsschutzanspruch" Wach's, oder wie sonst, zu erklügeln. Die Verfasser des Entwurfs sind durch die Aufstellung ihres Begriffs der Aufrechnung als „einseitigen Rechtsgeschäfts" veranlaßt worden, die Abänderung der vier Paragraphen der C. P. O., in welchen die Kompensation vorkommt, durch das Einführungsgesetz zum B. G. B. vorzuschlagen. Sie hätten mit gleichem Grunde durch ihren Begriff des „Anspruchs" veranlaßt werden müssen, die Entfernung des Wortes „Anspruch" aus § 293 durch eine Fassungsänderung vorzuschlagen, welche ja übrigens den angeblichen Sinn dieser Bestimmung unberührt lassen könnte. In § 230 ist nicht ersichtlich, was der „erhobene Anspruch" in Nr. 2 des Abs. 2 anderes sein soll, als eben die Klage, von deren „Erhebung" Abs. 1 spricht, zumal da, was hier als „Grund des Anspruchs" bezeichnet wird, in § 240 mit dem üblichen Ausdrucke Klagegrund genannt wird. In keiner andern Stelle der C. P. O., in welcher das Wort „Anspruch" vorkommt, ist es nöthig, an etwas anderes als den privatrechtlichen Anspruch zu denken; in manchen, wie in den §§ 276, 277, 278, 683 ist es unmöglich, an einen „Feststellungsanspruch" zu denken; in § 491 sind die „neuen Ansprüche" nur die Uebersetzung der nouvelles demandes des code de procédure und die Annahme, daß darunter auch Feststellungsanträge nach § 253 fallen, nur aus dem erst hineingetragenen Begriffe des „Feststellungsanspruchs" durch das Commentatorenbedürfniß herausgesogen worden.

Es wäre ein seltsamer Gewinn für die Rechtssprache, wenn sie um den Doppelsinn des Wortes „Klage" zu vermeiden, den doppelsinnigen „Anspruch" aufnehmen müßte; vollends seltsam, wenn daneben doch wieder das „Klagerecht" auftritt wie in den Motiven des Entwurfs I S. 357 und zwar jetzt in dem prozessualen Sinne von § 144 des Sächs. B. G. B.: „Klage ist die Befugniß richterliche Hülfe zur Geltendmachung eines Rechts anzurufen". Da eine Klage

im prozessualen Sinn von jedem erhoben werden kann, der ein Klagerecht wenn auch fälschlich zu haben behauptet, so kann sie unmöglich eine „Befugniß" sein, wenn man nicht auch das „Leben, Athmen, Schnaufen" der Heine'schen Hallunken als „Befugniß" auffassen will, weil es ihnen nicht verwehrt werden kann. Von der Aufnahme einer solchen Bestimmung abzusehen hatten also die Verfasser des Entwurfs besseren Grund als die Motive angeben, daß sie „weder nöthig noch unbedenklich" wäre.

Das Klagerecht, der Anspruch im privatrechtlichen Sinne, und die prozessuale Klage decken sich nicht nothwendig in ihrem Umfange. Wie die C. P. O. die Verbindung mehrerer auf verschiedenen Gründen beruhender Ansprüche in einer Klage gestattet (§ 231) und Art. 1346 des Code civil sogar die Verbindung aller gleichzeitig bestehenden, nicht schriftlich bewiesenen Ansprüche in einer Klage bei Verwirkung des Rechts vorschrieb, so läßt umgekehrt die C. P. O. die beliebige Theilung desselben Anspruchs, sofern der Leistungsgegenstand theilbar ist, in verschiedene aufeinanderfolgende Klagen und nur mit Vorbehalt des richterlichen Verbindungsrechts auch in gleichzeitige Klagen zu. In der gleichen Richtung hat das Reichsgericht für das gemeinrechtliche Gebiet die Zulässigkeit nachträglicher Erhebung eines Zinsanspruchs nach rechtskräftig zuerkannter Summe ausgesprochen. (Entsch. I S. 350). Nach dem Vorgange des Preuß. Landrechts (I, 11 § 848) und des Sächs. B. G. B. (§ 146) haben neuere Entwürfe dagegen die selbständige Klagbarkeit von Nebenrechten beschränkt. Den gegen die Aufnahme einer solchen Beschränkung auf S. 358 Bd. I der Motive gemachten Ausführungen ist jedenfalls darin beizutreten, daß die Gefahr einer Vervielfältigung der Prozesse schon bei dem System der C. P. O. so groß ist, um diese Beschränkung dagegen nicht ins Gewicht fallen zu lassen.

„Die sog. Nativität der Klagen" (d. h. die Bedingungen, unter welchen aus dem Klagerecht die Zulässigkeit einer prozessualen Klage erwächst) wird von den Motiven S. 359 a. a. O. nur kurz gestreift, da die C. P. O., obwohl „die Motive zu § 223 d. E. (§ 231) es als Sache des materiellen Rechts bezeichnen, die Voraussetzungen zu regeln, unter welchen eine Klage erhoben werden kann", bereits genügende Stellung zu der Klage genommen haben. D. h. der „Gesetzgeber" befindet sich bei der Art, wie die Rechtsprechung sich mit seinem ballon d'essai des § 231 zurecht gesetzt hat, so wohl, daß er kein Bedürfniß fühlt, sich weiter den Kopf der Richter und der

Anwälte darüber zu zerbrechen, was „rechtliches Interesse" ist — die Bereicherung der Wissenschaft mit dem „Feststellungsanspruch" und seinen Problemen gar nicht erst in Anschlag gebracht. So wird auf den bescheidensten Versuch verzichtet, die disparaten Bestimmungen der C. P. O. über Klagegrund und Klageänderung, über „Feststellung eines Rechtsverhältnisses" und „Entscheidung über einen Anspruch" zusammenzufassen. Wie das Reichsgericht (Entsch. XIV S. 347) ausgesprochen hat, besteht nach den Grundsätzen der C. P. O. zwischen der Einrede der Rechtskraft und der Klageänderung der Zusammenhang, daß eine solche überall anzunehmen ist, wenn einer neuen Klage die Einrede der Rechtskraft nicht entgegengesetzt werden könnte. Für die Klageänderung ist nach § 240 der C. P. O. wesentlich die Aenderung des Klagegrundes. Bei der Feststellungsklage bildet den Klagegrund eben das Rechtsverhältniß, dessen Feststellung beantragt wird; das „rechtliche Interesse" an der sofortigen Feststellung ist Ersatz für dasjenige, was bei der Leistungsklage zu dem Klagerecht hinzukommen muß, damit „die Klage geboren werde" und was gewöhnlich als „Verletzung" des Anspruchs bezeichnet wird. Den Verfassern des Entwurfs hätte es nun um so näher gelegen sich damit zu beschäftigen, ob und worin der Klagegrund der Leistungsklage sich von dem der Feststellungsklage unterscheide, als sie in ihrem § 191, welcher sachlich dem § 293 der C. P. O. entsprechen soll, als dasjenige für welches das rechtskräftige Urtheil maßgebend sein soll, dem „erhobenen Anspruche" das „Rechtsverhältniß zwischen den Parteien" unterschieben. Da § 191 des Entwurfs ebenso wie § 293 der C. P. O. gleichmäßig von der Feststellungs- und Leistungsklage gelten soll, so kann das rechtskräftige Urtheil in dem einen Falle nicht anders wie in dem anderen für das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien maßgebend sein. Wenn aber das Urtheil auf die Feststellungsklage nur dadurch für das Rechtsverhältniß maßgebend wird, daß es dieses feststellt, so muß auch in dem Urtheile auf die Leistungsklage das Rechtsverhältniß festgestellt werden. Mag die Folge dieser Uebereinstimmung zwischen Feststellungs- und Leistungsurtheil für die Rechtskraft zunächst dahingestellt bleiben, so ergiebt sich doch schon für jetzt der Schluß, daß wenn beiderlei Urtheile ein Rechtsverhältniß derart zum Gegenstande haben, daß sie für dieses maßgebend werden, indem sie es feststellen, die Klage aber, welche zu dem Feststellungsurtheil führt, zu ihrem Grunde eben das Rechtsverhältniß hat, welches in dem Urtheile festgestellt wird, das Gleiche auch von der

zum Leistungsurtheile führenden Klage gelten muß. Das Ergebniß wäre also, daß der Klagegrund überall ein Rechtsverhältniß ist, und zwar eben dasjenige, welches durch das Urtheil festgestellt, und für welches das Urtheil eben durch die Feststellung maßgebend werden soll. Die Probe auf die Richtigkeit dieses Ergebnisses ist, daß der vom Reichsgericht angenommene Zusammenhang zwischen Rechtskraft und Klageänderung dadurch vollkommen bestätigt und klargestellt wird. Ist der Klagegrund überall ein Rechtsverhältniß und die Klageänderung eine Aenderung des Klagegrundes, ein geändertes Rechtsverhältniß aber ein anderes als das ursprünglich der Klage zu Grunde gelegte, so würde die Feststellung dieses anderen Rechtsverhältnisses eben nicht Feststellung des ursprünglich geltend gemachten, das Urtheil, welches jenes feststellt, für dieses nicht maßgebend sein, also Rechtskraft nicht schaffen können.

Der bestimmende Grundbegriff für alle Rechtssätze über Klagegrund, Klageänderung und Rechtskraft ist also der des Rechtsverhältnisses, den die C. P. O. in § 231 und der Entwurf des B. G. B. in § 191 aufstellen. Erklärt ist er an dieser Stelle so wenig wie an jener, und auch die Motive des Entwurfs behandeln seinen Sinn als selbstverständlich, da sie eine Erläuterung nicht geben. Wenn nun Windscheid (§ 37) das Rechtsverhältniß als „ein rechtlich bestimmtes Verhältniß" erklärt, so dürfte diese Erklärung wohl als selbstverständlich gelten, es wäre aber auch dieser Begriff als Voraussetzung der §§ 231 und 191 offenbar unzureichend. Denn nach Windscheid sind, wie er selbst anführt, schon Eigenthum und Besitz als bloße Verhältnisse des Menschen zur Sache „Rechtsverhältnisse", da sie rechtlich bestimmt sind. Aus diesen Rechtsverhältnissen aber kann weder eine Klage entstehen, noch können sie durch Urtheil festgestellt oder maßgebend bestimmt werden. Der Eigenthümer hat gegen seine Sache keinen „Anspruch" und die Sache hat ihm rechtlich nichts zu leisten. Zu dem Rechtsverhältnisse in diesem Sinne müßte also immer noch etwas anderes hinzukommen, um es zum Klagegrund und zur Feststellung geeignet zu machen. Erklären wir aber den Begriff so, daß wir das Wort „Recht" in der Zusammensetzung nicht als „objektives", sondern als „subjektives" nehmen, so ist Rechtsverhältniß ein Verhältniß von Rechten, also, da jedes Recht eine Person als Träger voraussetzt, ein Verhältniß von Personen in Betreff ihrer Rechte. Hier erhalten wir einen Begriff des Rechtsverhältnisses, aus welchem sich nothwendig Ansprüche und

Leistungen ergeben und wenn diese streitig werden, ebenso die Nothwendigkeit wie die Möglichkeit der richterlichen Feststellung folgt. Ein Rechtsverhältniß in diesem Sinne kann nur entstehen durch Handlungen, Ereignisse und Zustände, welche unter dem Begriff der rechtbegründenden und rechtzerstörenden Thatsachen zusammengefaßt werden, und diese thatsächliche Unterlage des Rechtsverhältnisses ist sein Thatbestand. Das Rechtsverhältniß ist nicht mit Seuffert (zu § 231 C. P. O. N. 3a) zu bestimmen als „die aus einem Thatbestand hervorgehende Rechtsfolge"; dann würde es, da das Rechtsverhältniß eben der nach § 240 C. P. O. in der Klage anzugebende Klaggrund ist, nothwendig sein, darzulegen, wie diese Rechtsfolge aus dem Thatbestand hervorgeht; diese Rechtsdeduktion ist aber zweifellos durch den § 240 nicht erfordert. Das Rechtsverhältniß ist vielmehr der Thatbestand selbst, insofern sich aus demselben die Rechtsfolge für Anspruch und Leistung der Betheiligten ergiebt. Der Thatbestand ist der sinnfällige Ausdruck, in welchem sich die geistige Beziehung des Rechtsverhältnisses darstellt. So ist Angabe des Klagegrundes nur Angabe des Thatbestandes, aus welchem nach der Behauptung des Klägers der geltend gemachte Anspruch als Rechtsfolge sich ergeben soll; ob er sich daraus nach dem geltenden Recht ergiebt, ist vom Richter zu beurtheilen. So ist aber auch die richterliche Feststellung des Rechtsverhältnisses Feststellung des Thatbestandes, aus welchem der Richter eine Rechtsfolge zuerkennt; — nicht Feststellung der Thatsachen als einzelner, wohl aber in ihrem rechtlichen Zusammenhange.

Das Rechtsverhältniß ist aber auch der ganze Klagegrund; es vereinigt das Klagerecht und die „Verletzung", welche hinzukommen muß, um die „Nativität" der Klage herbeizuführen. Da es ebenso nothwendig ist, bewußten und unbewußten Eingriff in fremdes Recht zu unterscheiden, wie in ihrer klagerzeugenden Wirkung zusammenzufassen, so empfiehlt es sich, für diese den Ausdruck „Rechtsstörung" zu wählen, da von der „Verletzung" die Vorstellung der Absicht nicht wohl zu trennen ist. Wird die Thatsache der Rechtsstörung mit den das Klagrecht, den Anspruch begründenden Thatsachen im Rechtsverhältniß zusammengedacht, so verschwindet jedenfalls prozessual der Unterschied, der zwischen dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnissen gemacht wird. Das Eigenthum als solches ist noch kein Rechtsverhältniß in unserem Sinne, dieses entsteht erst durch die Störung, welche dem „Eigenthumsanspruch" erst seine bestimmte Richtung giebt.

Der Kauf ist schon an sich ein Rechtsverhältniß; um aber eine Klage zu begründen, muß dieses Verhältniß sich erst durch den Eintritt der rechtstörenden Thatsache, der Nichterfüllung eines fälligen Anspruchs, in seinem Bestande verändert haben; es ist also auch ein anderes Rechtsverhältniß als das durch den Kauf allein begründete, aus welchem die Kaufklage entsteht.

Es wird dies noch klarer, wenn auch die Feststellungsklage, statt der unmöglichen Konstruktion eines besonderen „Feststellungsanspruchs" mit den Motiven zum ersten Entwurf der C. P. O. unter den Begriff einer, nur erst drohenden Rechtsstörung gebracht wird. Das „rechtliche Interesse an der sofortigen Feststellung", welches der Kläger nachzuweisen hat, gehört dann eben nicht zum Klagegrunde, sondern ist die prozessuale Bedingung, unter welcher eine erst drohende statt der schon eingetretenen Rechtsstörung als klagerzeugend gelten soll. Da übrigens die Feststellung des Rechtsverhältnisses nach dem oben Ausgeführten nichts der Feststellungsklage besonderes, sondern bei jeder Leistungsklage die selbstverständliche Voraussetzung ist, damit das Urtheil „für das Rechtsverhältniß maßgebend" sein könne, so besteht der Unterschied beider Arten von Klagen nach dieser Seite nur eben darin, daß bei der Feststellungsklage die Rechtsfolge als eine erst zukünftig wirksam werdende eben nur festgestellt, bei der Leistungsklage als sofort vollziehbare zuerkannt wird. — Für die sog. negative Feststellungsklage ist Klagegrund selbstverständlich nicht dasjenige Rechtsverhältniß, welches der Kläger eben bestreitet; vielmehr liegt in diesem Bestreiten die Behauptung eines gegentheiligen Rechtsverhältnisses, aus welchem sich keine Rechtsfolge zu Gunsten des Beklagten ergiebt. Zwischen mir und demjenigen, dem ich nichts schulde, besteht so wenig ein Rechtsverhältniß als zwischen dem Eigenthümer und demjenigen, der nicht daran denkt, sein Eigenthum zu stören. Sobald aber die Behauptung eines andern, daß ich ihm schulde, als eine klagerzeugende Drohung der Rechtsstörung angesehen wird, entsteht durch diese Behauptung ein Rechtsverhältniß, dessen Rechtsfolge derjenigen entgegengesetzt ist, welche der Gegner aus dem von ihm behaupteten Rechtsverhältnisse ableitet. Diese Stellung des Klägers in der „negativen" Feststellungsklage entspricht genau der des Beklagten, welcher die Abweisung einer Leistungsklage beantragt; in diesem Antrag ist die Behauptung eines die Rechtsfolge des Klagegrundes ausschließenden Rechtsverhältnisses enthalten. Uebrigens ist der Ausdruck des § 231 „Feststellung des

Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses", obwohl der verständlichen Kürze wegen unbedenklich, logisch ungenau, da das Nichtbestehende nicht festgestellt werden kann; der richtige Sinn ist der oben entwickelte, daß vielmehr das Gegentheil des nichtbestehenden Verhältnisses festzustellen ist, womit denn der Unterschied von positiver und negativer Feststellungsklage verschwindet. Das auch die Klage auf „Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben" in Wirklichkeit das durch die Urkunde zu beweisende Rechtsverhältniß oder dessen Gegentheil zum Grunde und Gegenstande hat, kann hier nicht weiter ausgeführt werden. Die vorstehende Darlegung aber war unerläßlich um zu zeigen, von welcher Bedeutung die Klarstellung des den ganzen Prozeß von der Klage bis zum Urtheil beherrschenden Begriffs des Rechtsverhältnisses im Entwurf sein würde. Es wäre damit auch der Streit über „Substantiirung" und „Individualisirung" gehoben, den die Motive S. 365 der Rechtswissenschaft überlassen wollen. Der Thatbestand des Rechtsverhältnisses ist die Gesammtheit der für dasselbe als rechtbegründend in Betracht kommenden Thatsachen, diese ihre Bedeutung muß aus der Angabe bestimmt hervorgehen. Dazu gehört nicht die Ausführung der Umstände, welche nur für den Beweis in Betracht kommen, diese mögen ergänzt und berichtigt werden, so lange dadurch nicht eine wesentliche Thatsache eine anderrechtliche Bedeutung erhält oder in einem anderen auf die Rechtsfolge zurückwirkenden örtlichen, zeitlichen oder ursächlichen Zusammenhang gebracht wird. Wenn beispielsweise der Kläger einen Thatbestand, welchem die Einrede der Rechtskraft entgegenstände, um ihn diesem Zusammenhange zu entziehen, in eine dem Urtheile nachfolgende Zeit verlegt, so wird er durch diese zeitliche Verschiebung, die in anderem Zusammenhange gleichgültig sein könnte, zu einem ganz anderen Thatbestande: es muß Klagänderung angenommen werden eben wegen der oben hervorgehobenen Wechselbeziehung zwischen diesem Begriffe und der Rechtskraft.

Auch auf Seiten des Beklagten wird Einrederecht und Einredehandlung unterschieden; aber nicht nur reicht dieser Begriff von vornherein weiter als jener, weil er auch die dem Prozeßrecht entnommenen Vertheidigungsmittel umfaßt: es ist auch in Anlehnung an die doch nur der rechts- und besonders der prozeßgeschichtlichen Entwicklung angehörende römische Unterscheidung der Entkräftung einer actio ipso jure oder ope exceptionis versucht worden, das Einrederecht auf einen

engeren Kreis privatrechtlicher Vertheidigungsmittel zu beschränken. Diesen Versuch nimmt der Entwurf wieder auf: er nennt Einreden nur die „Thatsachen, welche die Durchführbarkeit des an sich begründeten Klageanspruchs ausschließen" und faßt im Gegensatz dazu unter dem Namen „Einwendung" die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen mit der prozessualen Einrede zusammen. (Mot. S. 359—360.) Dabei nehmen die Motive an, daß „rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen vom Richter berücksichtigt werden müssen, nicht bloß wenn der Beklagte sie geltend macht, sondern auch dann, wenn dieselben durch den klägerischen Vortrag in das Streitmaterial gelangen, Einredethatsachen dagegen richterliche Beachtung nur finden können, wenn der Beklagte dieselben durch Anrufung in Wirksamkeit setzt". Ein so einschneidender Rechtssatz müßte doch irgendwie im Entwurf Ausdruck gefunden haben; aber die Motive machen es nicht einmal klar, wie weit sie den Kreis der von Amtswegen zu prüfenden rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen gezogen denken. Sie führen eine doppelte Reihe von Stellen des Entwurfs an, in welchen hier das Wort „Einreden", hier das Wort „Einwendungen" gebraucht ist, aber fast überall ohne Andeutung, was das eine oder das andere unter sich begreifen soll. Nur im § 162 werden die „Einreden" des nichterfüllten Vertrages (?), des Zurückbehaltungsrechtes, der Vorausklage und die Abzugseinrede des Inventarerben aufgezählt, nach § 182 entsteht aus der Verjährung eine Einrede. Wenn es aber beispielsweise im § 263 heißt: „Das Schuldverhältniß erlischt, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung bewirkt wird", so ist aus diesen Worten nicht ersichtlich, ob hier eine rechtsvernichtende Thatsache eintritt, welche der Richter von Amtswegen zu prüfen hätte, oder ob dem Schuldner aus der Erfüllung nur eine Einrede entsteht, auf die er verzichten kann, so daß mit dem Verzicht das Schuldverhältniß ohne Weiteres wiederauflebt. (Mot. a. a. O.) Neben seinen Begriff des Einrederechtes setzt dann der Entwurf als einen davon verschiedenen den des Anfechtungsrechts, unter welchen die bisherigen Einreden der Drohung und des Betrugs fallen (Mot. a. a. O. Ent. § 103).

Von allen andern Bedenken abgesehen verwischt aber die Unterscheidung des Entwurfs in dem von den Motiven erläuterten Sinne durchaus die verschiedene Stellung, welche der Beklagte zum Klagegrunde nimmt. Die oben aufgeführten Einreden des Entwurfs werden durchweg schon auf dem Boden des Klagegrundes nur als

besondere Rechtsfolgen zu Gunsten des Beklagten geltend zu machen sein. Nimmt der Entwurf eine Einrede der Zahlung an, so macht diese eine Thatsache geltend, welche in den Rahmen des den Klagegrund bildenden Rechtsverhältnisses sich umgestaltend einfügt. Die Kompensationseinrede in der bisherigen Auffassung würde im System des Entwurfs eine Einrede sein, die sich auf die Geltendmachung eines selbstständigen, außerhalb des Klagegrundes stehenden Rechtsverhältnisses stützt, sofern nicht die Gegenforderung mit der Hauptforderung konnex ist, d. h. demselben Rechtsverhältnisse entspringt. An einer solchen Einrede wird der Satz wahr: reus excipiendo fit actor. Der Beklagte bringt ein Rechtsverhältniß an, welches geeignet ist für sich einen Klagegrund zu bilden, und eben darum die Rechtsfolge des Klagegrundes unbeschadet seiner Rechtsbeständigkeit an sich auszuschließen. Nachdem freilich der Entwurf des B. G. B. die Aufrechnung als einseitiges Rechtsgeschäft gestaltet hat, soll nach dem Entwurf des Einführungsgesetzes in den §§ 136, 274, 293 und 491 der C. P. O. die „vorgebrachte" oder „geltend gemachte Gegenforderung" durch die „geltend gemachte Aufrechnung mit einer Gegenforderung" ersetzt werden. Wenn die Motive zum Einführungsgesetz S. 73 dies nur einen „Einwand" nennen, so sind wir vollends im Zweifel, ob damit ein Drittes neben Einrede und Einwendung bezeichnet sein soll, oder nur eine sprachlich gewiß empfehlenswerthe Abkürzung des Wortes Einwendung gewählt ist. Da kraft der Wirkung des einseitigen Rechtsgeschäfts der Aufrechnung „die beiderseitigen Forderungen in dem sich deckenden Betrage mit dem Zeitpunkte als erloschen gelten, in welchem sie als zur Aufrechnung geeignet sich gegenüber getreten sind" (§ 283 des Entwurfs zum B. G. B.), die Aufrechnung also gleich der Erfüllung wirkt, so würde wenn jene so auch diese nicht als Einrede, sondern als Einwendung zu behandeln sein. Freilich ist schwer zu glauben, daß die Motive die eine wie die andere Art der „Erlöschung" des Schuldenverhältnisses durch den Richter von Amtswegen beachtet haben wollen, wenn sie ihm irgendwo im „Streitmaterial" aufstoßen; aber ohne Schwierigkeit ist auch nicht die entgegengesetzte Annahme, daß das einmal vollzogene „Rechtsgeschäft" der Aufrechnung durch einfachen Verzicht sollte beseitigt werden, in welchem Falle doch eben auch die Geltendmachung der Aufrechnung als Einrede, nicht als Einwand bezeichnet werden mußte. Indeß bleibt es unbeschadet der Entscheidung dieses Zweifels auch nach dem Entwurf des Einführungsgesetzes dabei, daß

die Gegenforderung, mit welcher aufgerechnet sein soll, als Rechtsfolge aus einem selbstständigen Rechtsverhältnisse dem Klagegrunde entgegengestellt wird. Denn nach der neuen Fassung des § 293 soll immer noch die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung der Rechtskraft fähig sein; das rechtskräftige Urtheil aber ist maßgebend für das Rechtsverhältniß, und die Gegenforderung als solche entspringt einem vom Klagegrunde verschiedenen Rechtsverhältnisse. Hiernach beruht die Abweisung der Klage, wenn sie durch ein thatsächliches Vorbringen des Beklagten herbeigeführt ist, entweder auf der Feststellung des den Klagegrund bildenden Rechtsverhältnisses in der Gestalt, welche es durch das Eingreifen der Einredethatsachen erhält, oder auf der gleichzeitigen Feststellung des durch die Klage und des durch die Einrede geltend gemachten Rechtsverhältnisses, indem die an sich begründete Rechtsfolge des einen durch die ebenso begründete Rechtsfolge aus dem andern ausgeschlossen wird. Ein Beispiel des letzteren Falles ist besonders auch die Abweisung der Eigenthumsklage wegen eines dem Beklagten zustehenden dinglichen Rechts an der streitigen Sache, welches ihm Besitz oder Innehabung derselben gewährt.

II.

Die richterliche Feststellung eines Rechtsverhältnisses als des rechtlichen Zusammenhanges der seinen Thatbestand ausmachenden Thatsachen setzt die Feststellung der einzelnen Thatsachen voraus, welche, soweit sie bestritten sind, deren Beweis erfordert. Nur jene, nicht diese Feststellung ist Gegenstand der Rechtskraft; indeß darf dabei nicht übersehen werden, daß auch die einzelne Thatsache, soweit sie in den rechtlichen Zusammenhang eines Rechtsverhältnisses durch Feststellung desselben aufgenommen ist, die ihr in diesem Zusammenhange angewiesene rechtliche Bedeutung behalten muß, andernfalls könnte eben von rechtskräftiger Feststellung des Rechtsverhältnisses nicht die Rede sein. Nur wenn dieselbe Thatsache in einem andern rechtlichen Zusammenhange in Betracht kommt, kann sie wieder bestritten und muß sie dann wieder bewiesen werden. Den allgemeinen Grundsatz der Beweislast, daß jeder die Thatsachen zu beweisen hat, welche er als rechtbegründend, rechthindernd oder rechtaufhebend behauptet, ist in § 193 d. E. in einer durch das Hereinziehen des „Anspruchs" etwas verkünstelten Fassung aufgestellt. Die §§ 194 und 195 geben nun besondere Anwendungen dieses Satzes, deren

Aufzählung von desto zweifelhafterem Werthe ist, je weniger ihre Vollständigkeit irgend verbürgt werden kann. „Besondere „Thatsachen", welche die regelmäßige Wirkung eines Thatbestandes ausschließen" (§ 194), sind eben rechthindernde Thatsachen. Die Beobachtung der zu einem bestimmten Rechtsgeschäfte erforderlichen Form (§ 195), der Eintritt oder Ausfall einer Bedingung sind rechtbegründende Thatsachen für den, der Rechte daraus herleitet. Wichtig dagegen ist der § 196, welcher den Fall behandelt, wenn der eine Theil behauptet, daß ein Rechtsgeschäft schlechthin, der andere, daß es als ein bedingtes oder betagtes abgeschlossen sei. Die bisher herrschende Meinung unterschied zwischen aufschiebender Bedingung und Anfangstermin einerseits und auflösender Bedingung und Endtermin andererseits. In jenen Fällen soll jeder Theil seine Behauptung beweisen müssen, weil das aufschiebend bedingte oder betagte Geschäft allerdings ein anderes sei als das mit sofortiger Wirkung geschlossene; dagegen sollen die auflösende Bedingung und der Endtermin, da sie die sofortige Wirsamkeit des Geschäfts nicht hindern, selbstständige Nebenabreden über seine künftige Wiederaufhebung sein. Indeß haben offenbar die Betheiligten auch in diesen Fällen nicht zwei Rechtsgeschäfte, sondern nur ein von vornherein unter gewissen Voraussetzungen in seiner Wirkung begrenztes schließen wollen, welches denn eben auch ein anderes ist als ein ohne diese Begrenzung geschlossenes. Es ist daher nur zu billigen, daß § 196 die auflösende Bedingung der aufschiebenden, den Endtermin dem Anfangstermin gleichstellt, so daß in allen Fällen den bedingten oder betagten Abschluß beweisen muß, wer ihn behauptet und umgekehrt. Daß auch im Uebrigen jeder Theil die von ihm behaupteten besonderen Umstände zu beweisen hat, welche einer vom andern Theil behaupteten Thatsache eine andere rechtliche Bedeutung geben, ist selbstverständlich. Ob in einer solchen Behauptung das Geständniß oder das Leugnen der vom Gegner behaupteten Thatsache zu finden ist, unterliegt schon nach § 262 der C. P. O. der Prüfung des einzelnen Falles.

Nur in den Motiven (I. S. 383) ist kurz die Frage berührt, ob auch eine Beweislast für sog. negative Thatsachen „das Nichtvorhandensein gewisser Umstände" besteht. Wenn die Motive sich mit der Bemerkung begnügen, daß die „grundsätzliche" Ablehnung einer solchen Beweislast in der Wissenschaft und Praxis mehr und mehr den Boden verloren habe, so fehlt dabei jede klare Vorstellung. Vor allem ist zu unterscheiden, ob nicht die Verneinung nur sprach-

liche Umkleidung eines in der That positiven Sachverhalts ist (nach logischer Terminologie kontradiktorischer Ausdruck für einen konträren Gegensatz). Wenn beispielsweise § 194 als zu beweisende Thatsache den „Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen" anführt, so ist diese verschnörkelte und überdies schiefe Umschreibung des Irrthums nur der Ausdruck dafür, daß der wirkliche Wille ein anderer war als der aus der Erklärung zu entnehmende (ein „erklärter Wille", der mit dem wirklichen Willen nicht übereinstimmt, ist ein Unding). Zu beweisen ist in der That, daß der Wille ein bestimmter anderer war, also eine positive Thatsache. Ebenso ist bei behauptetem „Mangel der Willensfreiheit wegen Drohung oder Betrugs" in Wirklichkeit zu beweisen, daß der Wille durch Drohung oder Betrug positiv bestimmt war; bei dem Mangel der Geschäftsfähigkeit, daß die Person, an welchen er gerügt wird, „des Vernunftgebrauchs beraubt" oder entmündigt war, also nur positive Thatsachen, oder daß sie unter einer gewissen Altersgrenze stand, was durch Berechnung von dem positiven Zeitpunkte ihrer Geburt an festzustellen ist. Ist aber wirklich eine kontradiktorische Verneinung in Frage, so ist weiter zu unterscheiden, ob es die Verneinung eines menschlichen Handelns, also ein Unterlassen, oder die Verneinung des Eintretens eines von menschlicher Thätigkeit unabhängigen Ereignisses ist. Das Unterlassen kommt rechtlich nur als Ausdruck einer Absicht in Betracht — andernfalls steht es dem Ereignisse gleich — und da die Absicht in Wahrheit immer positiv ist, so sollte gerade hier angenommen werden, daß, wer auf diese Absicht einen Anspruch gründet, die Beweislast trage. Aber da der Ausdruck dieser Absicht nur die Verneinung des Handelns, ein reines Nichts in der sinnfälligen Welt ist, so ist die Führung eines „Beweises", die Aufzeigung des reinen Nichts in solchem Falle schlechthin unmöglich, also auch „grundsätzlich" nicht zu verlangen. Wird eine Konventionalstrafe wegen Unterlassens einer Leistung gefordert, so liegt (§ 425 d. E.) dem Schuldner der Beweis ob, daß er die Leistung bewirkt habe; und das Gleiche gilt (nach § 434 Abs. 2 d. E.), wenn das Rücktrittsrecht „wegen Nichterfüllung der in einem Thun bestehenden Verpflichtung" geltend gemacht wird. Wenn die Motive (S. 383) dies als „richtigen Satz" nur für „besondere Rechtsfolgen" anerkennen, so bleiben sie den Nachweis schuldig, an welchen Stellen der Entwurf denn im Ernst eine Rechtsfolge an den Beweis einer rein negativen Thatsache, vollends des Nichteintretens eines Ereignisses,

geknüpft haben will. Die gesetzliche Erbfolge tritt (§ 1781 d. E.) nur ein, wenn und soweit der Erblasser einen Erben nicht eingesetzt hat. Diese negative Thatsache ist also Vorbedingung für die Geltendmachung des gesetzlichen Erbanfalls; gleichwohl haben die Verfasser des Entwurfs so wenig daran gedacht wie bis jetzt ein anderer, von dem gesetzlichen Erben den Beweis der Negative zu verlangen, daß der Erblasser ein Testament nicht errichtet und einen Erbvertrag nicht abgeschlossen hat. Wenn also § 197 des Entwurfs sagt, den Ausfall einer Bedingung hat derjenige zu beweisen, der aus dieser Thatsache ein Recht herleitet, so kann damit auch nur soweit Ernst gemacht werden, als sich nach den Umständen des Falles das Nichteintreten der bedingenden Thatsache aus einer derselben konträr entgegenstehenden Thatsache beweisen läßt. Der Richter, welcher vor einer „grundsätzlichen" Lösung der Frage scheut, hat immer das Mittel, einer sinnlosen Konsequenz dadurch auszuweichen, daß er den Nichteintritt der Bedingung, wenn nicht aus einem anderen, zuletzt aus dem Umstande folgert, daß der Gegner den Eintritt gar nicht zu behaupten vermag. Dies ist der richtige Sinn der Wendung, daß die Vermuthung für die Negative spreche; denn Vermuthung ist juristisch wie logisch nichts als Schlußfolgerung, Indizienbeweis. Damit ist der Begriff der gesetzlichen Vermuthung durchaus vereinbar, die nichts als eine Beweisvorschrift, Einschränkung der freien Beweiswürdigung, ist. Ganz in diesem Sinne, in ebenso richtiger wie entbehrlicher Weise sagt § 191 des Entwurfs: „Wenn das Gesetz vorschreibt, daß eine Thatsache vermuthet werde, so gilt dieselbe für erwiesen; es ist jedoch der Beweis des Gegentheils zulässig, sofern nicht ein anderes vorgeschrieben ist", d. h. die Beweisregel als Ausnahme von der freien Beweiswürdigung reicht nicht weiter, als ihr bestimmter Ausdruck anzeigt.

Eine Schlußbemerkung der Motive zu diesem Abschnitte führt noch auf einen mit diesem Gegenstande zusammenhängenden empfindlichen Mangel des Entwurfs, daß er es unterlassen, in der gleichen Weise wie die C. P. O. die gerichtliche Anerkennung geordnet hat, auch die außergerichtliche zu ordnen. Die Anerkennung des § 278 ist vollständiger Ersatz der richterlichen Feststellung des den Klaggrund bildenden Rechtsverhältnisses. Ohne jede weitere Prüfung des Sachverhalts ergeht darauf der Urtheilsbefehl, wie sonst auf Grund der Feststellung. Die C. P. O. faßt die Anerkennung, in bemerkenswerthem Gegensatze zu der herrschenden Lehre vom Anerkennungs-

vertrage, als einseitige Rechtshandlung der Unterwerfung des Beklagten unter den Klaganspruch auf; von der Nothwendigkeit einer „Annahme" der Anerkennung findet sich keine Spur, der „Antrag auf Verurtheilung dem Anerkenntnisse gemäß" ist nur erforderlich, um überhaupt ein Urtheil zu erwirken, während es sonst bei dem Anerkenntnisse bewenden müßte. Es kann demnach auch von materieller Rechtskraft dieses Urtheils nicht die Rede sein; denn die Anerkennung ist inhaltlich schon dasselbe wie die rechtskräftige Entscheidung. Diese Wirkungen der Anerkennung sind aber nicht an ihre Abgabe vor Gericht gebunden; aus dieser folgt nur die unmittelbare, jede Beweisbedürftigkeit ausschließende Evidenz der Rechtshandlung für den Richter. Die außergerichtliche Anerkennung kann nur etwa noch des Beweises bedürfen; ist sie unbestritten oder bewiesen, so ist jeder weitere Streit über das anerkannte Rechtsverhältniß ausgeschlossen. Nur diesen Sinn hat es, wenn die Anerkennung als selbständiger Klagegrund behandelt wird; denn an sich bleibt immer das anerkannte Rechtsverhältniß Klagegrund. Der Kläger hat nur seinen Thatbestand nicht erst zu beweisen, dieser Beweis wird nöthigenfalls durch den Beweis der Anerkennung ersetzt. Es ist nun nicht abzusehen, warum die Anerkennung nicht auch außer Gericht als einseitige Rechtshandlung Bestand haben sollte. Sie gewährt ja, wenn sie wirklich nur Anerkennung eines schon begründeten Anspruchs und nicht etwa nur unter diesem Scheine Gewährung eines neuen Anspruchs ist, dem andern Theile nichts, was er nicht dem Rechte nach schon hat, wozu sollte er es denn erst noch annehmen müssen? Ferner ist die Anerkennung nicht wie der Vergleich, eine Ordnung zweifelhafter Ansprüche, über welche die Betheiligten sich erst noch zu vertragen hätten. — Der Entwurf aber kennt überhaupt keinen allgemeinen Begriff der Anerkennung wie die C. P. O. Er behandelt sie nur bei den Schuldverhältnissen, und zwar die positive Anerkennung nur unter dem Begriff des Schuldversprechens (§§ 683, 684), was eine völlige Verkennung ihres Wesens bezeichnet, wie denn auch die Motive (I. S. 385) gar keinen Sinn für diesen Widerspruch gegen die C. P. O. zeigen.

III.

Daß der Entwurf mit dem nur geschichtlich zu erklärenden römischen Grundsatze der Zurückbeziehung des Urtheils auf die Zeit der Klagerhebung vollständig bricht (Mot. I. S. 364) entspricht nur der Entwicklung unseres öffentlichen Rechts, die schon in der

C. P. O., soweit es dort möglich war, Ausdruck gefunden hat. Es kann nicht die Aufgabe des Richters sein, das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien anders festzustellen, als wie es ihm beim Schluß der Verhandlung nach den Parteivorträgen vorliegt. Denn sein Urtheil ist nicht der Vollzug eines unter den Parteien bei Prozeßbeginn geschlossenen Vertrags, die Entscheidung einer Wette, wer von ihnen damals Recht hatte, sondern eine Anordnung der obrigkeitlichen Gewalt, wie es jetzt und für die Folge mit ihren rechtlichen Beziehungen bestellt sein soll, und es würde dieser schlecht anstehen, einen Spruch zu thun, der schon von den Thatsachen überholt ist. Nun findet diese Beziehung des Urtheils auf den Schluß der Verhandlung ihre Grenze darin, daß Gegenstand des Verfahrens nur das in der Klage als ihr Grund geltend gemachte Rechtsverhältniß ist, wenn sich der Beklagte nicht auf die Unterschiebung eines anderen Grundes für den Klageanspruch oder eines anderen Anspruchs ohne Verwahrung einläßt. Wenn die Motive sagen: „ist ein Anspruch zur Zeit der Klageerhebung nicht begründet, treten aber nachträglich Thatsachen ein, welche ihn zu begründen geeignet sind, so haben auch diese Berücksichtigung zu finden, vorbehaltlich der Schranken, welche prozessual zur Wahrung der Vertheidigungslage des Beklagten gezogen sind", so hebt diese Einschränkung den Satz selbst auf. Wie soll man sich es vorstellen, daß ein Anspruch, der zur Zeit der Klageerhebung nicht begründet ist, ohne Klageänderung durch nachträglich eingetretene Thatsachen erst begründet werde? Vielmehr kann es sich nur um die Beachtung solcher Veränderungen handeln, durch welche rechtaufschiebende oder rechthindernde Thatsachen beseitigt werden. Der Grund des Anspruchs muß vor der Klage gelegt sein.

Uebrigens hat der Entwurf selbst dem von den Motiven aufgestellten Grundsatze keinen wörtlichen Ausdruck gegeben. § 190 stellt in Abs. 1 nur die negative Bestimmung auf: „die Verurtheilung zu einer Leistung ist nur zulässig, wenn die Fälligkeit bereits (also bis zum Urtheil) eingetreten ist" um diese Regel alsbald durch zwei Ausnahmen zu durchbrechen. In Abs. 1 ist bei „wiederkehrenden Leistungen, welche nicht auf Rechtsgeschäft beruhen" die Verurtheilung auch für die erst später fällig werdenden Leistungen zugelassen. Es ist dabei nach den Motiven vornehmlich an die Rentenentschädigungen wegen Tödtung und Körperverletzung und an die Leistungen aus der Unterhaltspflicht der Ehegatten und Verwandten gedacht. Die Rechtskraft dieser auf die Zukunft gerichteten Verurtheilung ist aber insofern

beschränkt, als — wie an jeder betreffenden Stelle des Entwurfs besonders bestimmt ist — der Verpflichtete wie der Berechtigte bei Eintritt einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse eine Abänderung des Urtheils verlangen kann. Warum die Bestimmung nicht an dieser Stelle ein für allemal getroffen wird, ist nicht abzusehen. Wenn die Ausdehnung dieser mit dem Haftpflichtgesetz überall eingebürgerten Anordnung auf alle gleichliegenden Fälle durchgängigen Beifall finden dürfte, so giebt dagegen die folgende Bestimmung des Abs. 2 in ihrer Allgemeinheit zu starken Bedenken Anlaß: „Wird eine von einer Gegenleistung nicht abhängige Geldforderung erst mit Ablauf einer Frist nach der Kündigung fällig, oder endigt ein Miethverhältniß erst mit Ablauf einer Frist nach der Kündigung, so ist die Verurtheilung zur künftigen Zahlung oder Räumung auf Grund der mit der Klage verbundenen oder derselben vorausgegangenen Kündigung zulässig." Vorab ist nicht ersichtlich, warum die Kündbarkeit eine beschränkende Voraussetzung dieser vorausgenommenen Klage und Verurtheilung sein müßte, und nicht das Gleiche bei jeder in einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt fällig werdenden Leistung drei oder sechs Monate vor der Fälligkeit zugelassen werden sollte. Für den Schuldner und Miether, der von einer solchen Klage überfallen wird, lange ehe er verpflichtet ist, an die Leistung oder Räumung zu denken, haben die Motive nur den Trost, daß er nach § 89 der C. P. O. den Kosten des Prozesses entgehen kann, wenn er den Anspruch sofort anerkannt und keinen Anlaß zu der Klage gegeben hat — als ob die Kosten die einzige Beschwerde eines Prozesses wären! Wer möchte sich dann nicht lieber gleich vertragsmäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung bei Eintritt des Zahlungs- oder Räumungstermins unterwerfen wollen? — Ist aber der Beklagte in der Lage, dem Anspruch zu widersprechen, so ist durch § 190 Abs. 2 dem Gläubiger und Vermiether eine Feststellungsklage ohne das Erforderniß des nachzuweisenden rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung und mit den Wirkungen der Leistungsklage gegeben; so gleitet sich's auf schiefer Ebene fort, und die Motive sagen, es „muß" so sein, „soll den Anforderungen des Verkehrs Genüge geschehen." Es ist ganz wie bei Einführung der Feststellungsklage: weil sich für gewisse Fälle ein Bedürfniß ergiebt, der Gesetzgeber aber sich der Mühe überheben will, dieses Bedürfniß genau abzugrenzen, wird eine allgemeine Bestimmung erlassen, die mindestens so oft zu ungerechtfertigter Belästigung führt, als sie das wirkliche Bedürfniß befriedigt. —

Ueber die gemeinrechtliche Auffassung der Rechtskraft des Urtheils vor dem Eingreifen der C. P. O. hat sich das Reichsgericht (I. C. S. 2. November 1881 Entsch. VI S. 415) treffend dahin ausgesprochen: jedes Erkenntniß beruht auf der Feststellung eines Rechtsverhältnisses und bezweckt diese; es hat also die Wirkung der Rechtskraft nicht bloß für den in jenem Rechtsstreite aus der Existenz oder Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses hergeleiteten konkreten Anspruch, sondern auch für alle künftigen Fälle, bei welchem dasselbe Rechtsverhältniß wieder in Frage kommt. Hier ist der Umfang der Rechtskraft genau nach dem Gegenstande der Entscheidung, dem festgestellten Rechtsverhältnisse, bestimmt, unter Vermeidung des unbestimmten Begriffs der „Elemente des Urtheils", dessen gedankenlose Ausdehnung die Theorie Savigny's in Mißachtung gebracht hat. Nachdem nun die C. P. O. in § 293 die Rechtskraft auf die Formel des „erhobenen Anspruchs" gebracht hat, erscheint die Fassung des § 191 des Entwurfs zum B. G. B.: „das rechtskräftige Urtheil ist maßgebend für das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien" auf den ersten Blick wie eine Umkehr zu der früher herrschenden Auffassung. Aber die Motive versichern (S. 371), daß „nur die zwingendsten Gründe es rechtfertigen könnten, eine so grundlegende, an der Hand der eingehendsten Erwägungen zu Stande gekommene Vorschrift nach der kurzen Zeit ihres Bestehens in Frage zu stellen" und der zweite Satz des § 191 scheint denn auch mit den Worten: „das rechtskräftig Zuerkannte kann nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden" den § 293 durch Umschreibung ausdrücklich bestätigen zu sollen.

Freilich klingen die „eingehendsten Erwägungen" sehr eigenthümlich demjenigen gegenüber, was in Motiven und Verhandlungen über die Vorgeschichte des § 293 zu finden ist. Das Reichsgericht hat einmal (Entsch. XI S. 385) aus dieser Vorgeschichte entnommen, es könne „nicht der geringste Zweifel bestehen, daß man die . . . Theorie von Savigny . . . verlassen und die Theorie, welche Unger und Wetzell für den gemeinen und das preußische Obertribunal . . . für den preußischen Prozeß vertreten haben, annehmen wollte" . . . So seltsam es nun auch schon ist, in einem Paragraphen eine „Theorie" kodifiziren zu wollen, so hat das Reichsgericht in seinem Citat gerade das Seltsamste weggelassen. Denn die Motive sprechen ausdrücklich nur von einer Beschränkung der Rechtskraft „ähnlich" der von Wetzell, Unger und dem Obertribunal „vertheidigten" und darin liegt wenigstens das verschämte Geständniß, daß

die Theorien Wetzell's, Unger's und des Obertribunals sich keineswegs decken, sondern nur ungefähr in der gleichen Richtung sich bewegen. Der Phantasie dessen, der den § 293 auszulegen hat, ist also freier Spielraum gelassen, wo er die Aehnlichkeit seiner „Theorie" mit einer der andern aufhören und die Unähnlichkeit beginnen lassen will. Wenn nun die Motive a. a. O. weiter meinen, die Vorschrift des § 293 scheine „sich in der Praxis im Großen und Ganzen bewährt zu haben", so hätten doch die Verfasser sich einmal zusammenstellen mögen, was denn in der Praxis an letzter Stelle, beim Reichsgericht, aus dem § 293 geworden ist. Vorab ist es bezeichnend, daß unter den von den Mitgliedern des Reichsgerichts veröffentlichten Entscheidungen über diese Frage sich keine einzige der beiden preußischen Senate findet. Natürlich haben diese sich durch die Motive und die Verhandlungen der Reichtagskommission ermächtigt gehalten, an der Rechtsprechung des Obertribunals festzuhalten, und da diese schon in jeder Richtung ausgebildet war, haben sich neue Schwierigkeiten nicht ergeben; hier hat man denn wenigstens den Vortheil auf festem Boden zu stehen. Von den andern Senaten hat der erste binnen weniger Monate nach der oben angezogenen klaren Darlegung der gemeinrechtlichen Auffassung den Sprung in die neue „Theorie" gethan. In demselben 6. Band der Entscheidungen findet sich S. 385 von ihm der Ausspruch „die Entscheidungsgründe haben nach § 293 Abs. 1 an der Rechtskraft keinen Theil" und der dritte Senat hat dies (Bd. 9 S. 229) bestätigt. Davon sagt nun schon der Wortlaut des § 293 gar nichts, und vielmehr enthielt die ursprüngliche Fassung, auf welche sich doch eigentlich die „Theorie" der Motive bezieht, ausdrücklich das gerade Gegentheil; erst in der Commission hat ein Zusammenfluß der verschiedensten Meinungen zur Streichung dieses Satzes geführt, womit aber nach der sonst dem Reichsgericht geläufigen Interpretationsmethode nichts entschieden ist, da der jetzige Gesetzestext keineswegs das in der Kommission vorgeschlagene Gegentheil aufgenommen hat. Nun ist die Entscheidung, auf welche sich doch die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache beziehen soll etwas anderes als die Entscheidungsgründe; die Entscheidung aber kommt in dem was man bei Leistungsklagen den „Tenor" nennt, regelmäßig gar nicht zum Ausdruck. Der „Tenor" spricht nur den „Urtheilsbefehl" der Abweisung oder Verurtheilung als Rechtsfolge der Entscheidung aus. Den römischen Juristen ist es niemals beigekommen,

die pronuntiatio mit der condemnatio oder absolutio zusammenzuwerfen oder gar jene hinter diesen verschwinden zu lassen. Vielmehr sind sie sich bei ihren in die feinsten Unterscheidungen gehenden Erörterungen über die Tragweite des Grundsatzes der eadem res nie darüber unklar geworden, daß den Prüfstein nur die pronuntiatio, nicht die condemnatio und absolutio bilde. Auch der heutige Richter kann sich nicht unklar darüber sein, daß aus dem Tenor „Kläger wird mit der Klage abgewiesen" sich kein Maßstab für die Prüfung der hierauf gegen eine neue Klage gegründeten Einrede der Rechtskraft entnehmen läßt. Wenn er aber sonst in der „ähnlichen Theorie" recht fest ist, so hilft er sich damit, daß „selbstverständlich" der Tenor aus dem übrigen „Inhalte" des Urtheils erläutert werden müsse. Aber diese „Erläuterung" ist ein Denkfehler, denn jener Tenor ist für sich durchaus klar und seiner Zeit allen Betheiligten ohne jede Erläuterung verständlich gewesen, und es soll unter diesem Namen etwas hineingetragen werden, was in Wirklichkeit seine Bedeutung in sich selbst, nicht als Erläuterung eines anderen hat, nämlich die Entscheidung selbst, von welcher der „Tenor" nur das logische corollarium ist. Wenn das Reichsgericht (III. C. S. Bd. 9 S. 337) sagt: „Der Zweck der Incidentfeststellungsklage ist nur darauf gerichtet, daß die schon an sich erforderliche Entscheidung in der Form eines der Rechtskraft fähigen Urtheils abgegeben werde" so ist hier mit der wünschenswerthesten Klarheit anerkannt, daß die Entscheidung der nothwendige Bestand jedes Urtheils ist. Aber soweit nun diese Entscheidung nur das den „erhobenen Anspruch" begründende Rechtsverhältniß trifft, wie sollte es da noch einer besonderen Klage bedürfen, um diesen nothwendigen Bestand des Urtheils erst in die „Form des rechtskräftigen Urtheils" zu bringen? Wo ist denn in einer solchen Form im Gesetze irgend etwas vorgeschrieben? Auch ist dies ganz gewiß nicht der Sinn der Motive gewesen; sie haben mit ihrer „ähnlichen" Theorie nur verhindern wollen, daß unter dem Wort „Element des Urtheils" nicht jedes andere Rechtsverhältniß, welches die Urtheilsgründe nur nebenher berühren, mit in die Rechtskraft einbezogen werde. Und auch das ist, nach dem ganzen System der C. P. O. mehr als nach dem Wortlaut des § 293 als dessen Sinn anzuerkennen, daß wenn der Kläger absichtlich aus dem die Klage begründenden Rechtsverhältnisse nur einen Theilanspruch geltend gemacht hat, dann auch die Rechtskraft der Entscheidung nicht weiter reichen soll als bis zu dieser durch

seinen „Willen" bezeichneten Grenze, wenn nicht der Beklagte durch Incidentfeststellungsklage den entgegengesetzten Willen geltend macht. Mehr aber braucht aus dem § 293 nicht herausgelesen zu werden und kann ohne die härtesten Denkwidersprüche nicht herausgelesen werden; es würde nur an dieser Stelle über die nächstliegende Aufgabe hinausführen, dies an einer Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichts nachzuweisen.

Für das bloße Feststellungsurtheil giebt es einen auf Verurtheilung oder Abweisung gehenden Tenor nicht. Hier ist denn nun die wunderliche Erscheinung, daß die zu jedem Urtheil erforderliche, überall sonst in den „Entscheidungsgründen" versteckte Entscheidung mit einem Mal selbst in den Tenor hineinrückt und nun nicht kraft ihrer eigenen Bedeutung, sondern wegen dieser Stellung im Tenor in Rechtskraft übergehen soll. Aber was hindert denn den Richter, auch bei der Leistungsklage das überall Nothwendige auch überall in den Tenor hineinzuschreiben; und warum thut er es nicht, wenn ihn nichts hindert? Weil ein Antrag darauf nicht vorliegt? Aber ein Antrag auf Verurtheilung, in welchem nicht logisch ein Antrag auf Feststellung des den Anspruch begründenden Rechtsverhältnisses mindestens bis zu dessen Höhe enthalten wäre, ist ebenso undenkbar, als eine Verurtheilung, in welcher nicht logisch die Entscheidung über das Rechtsverhältniß mitgedacht wäre. Die alte Formel der dinglichen Klage geht dahin „anzuerkennen, daß dem Kläger das Eigenthum . . . zusteht und demgemäß zu verurtheilen" und entsprechend lautet dann auch die Urtheilsformel. Aber hat denn nun hier der Kläger wirklich etwas mehr gewollt, als wenn er sich begnügt hätte zu sagen: „den Beklagten zu verurtheilen, sich der Eingriffe in das klägerische Eigenthum zu enthalten" — wie er bei der obligatorischen Klage den Antrag nur einfach auf Verurtheilung stellt und seinen rechtlichen Inhalt in der Begründung vorausschickt oder nachholt?

Und hier kehren wir nach einem scheinbaren aber unvermeidlichen Umwege zu dem Entwurf zurück. Kein Verständiger wird leichthin die Abänderung einer Bestimmung der C. P. O. verlangen, die selbst erst für einen großen Theil Deutschlands die hergebrachte Rechtsübung abgeändert hat. Aber wenn die Verfasser des Entwurfs überhaupt Veranlassung fanden, die Bestimmung des § 293 zu ergänzen, so war es vor allem angezeigt, die widerspruchsvolle Unklarheit, welche sich bei seiner Anwendung herausgestellt hat, und die, wenn man Konsequenz daraus machen wollte, zur Verneinung

der Rechtskraft bei der Leistungsklage führen würde, durch erläuternde Bestimmungen zu beseitigen. Der Wortlaut des ersten Satzes in § 191 könnte, wie gezeigt worden ist, dieser Klarstellung dienen; aber an den zweiten Satz kann sich ebensowohl die entgegengesetzte Auslegung heften. Befriedigende Abhülfe würde nur, wie oben gezeigt ist, neben der Beseitigung des Ausdrucks „erhobener Anspruch" ein den Begriff des Rechtsverhältnisses bestimmt zum Ausdruck bringender Rechtssatz geben.

Der alte Ausdruck „Einrede der Rechtskraft" schließt schon in sich, daß diese sogenannte materielle Wirkung des Urtheils von der Partei geltend gemacht werden muß. Nur sie kann den Zusammenhang ihrer Rechtsverhältnisse so übersehen, um die sachliche Bedeutung eines früher erwirkten Rechtsspruchs für einen neuen Rechtsstreit vollständig und vorsichtig zugleich zu würdigen. Der Richter, welcher ohnehin den Sachverhalt nur aus dem Vorbringen der Parteien entnehmen kann, würde zu leicht Gefahr laufen, mit einer von Amtswegen herangebrachten Folgerung aus einer ihm nur gelegentlich bekannt gewordenen älteren Entscheidung willkührlich in die Rechtsverhältnisse der Parteien hineinzugreifen. Wenn übrigens auch die Bestimmung des letzten Satzes in § 191 des Entwurfs „das Gericht darf (die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils) nur berücksichtigen, wenn sie geltend gemacht wird" nur das geltende Recht wiedergiebt, so rechtfertigt dies doch nicht den vorausgehenden Satz, daß auf diese Wirkung verzichtet werden könne. Es wäre dies auch schwer mit dem treffenden Satz der Motive (S. 369) zu vereinigen: „das Urtheil gilt, weil der Richter, als das berufene Organ des Staates es gesprochen hat, und weil es im Interesse der unentbehrlichen Rechtssicherheit den endgültigen Austrag in sich tragen muß" — freilich stimmt dazu auch schlecht, daß der Umfang der Rechtskraft überall auf den Willen der Parteien gestellt sein soll. Kann es auch, wenn einmal die Rechtskraft von der Partei geltend gemacht werden muß, nicht gehindert werden, daß die Parteien über die Rechtskraft paktiren, so ist es doch nicht nothwendig, diesen Mißbrauch ausdrücklich im Gesetz anzuerkennen. Uebrigens ist diese Gefahr eines freiwilligen Verzichts nicht eben groß; aber aus der Fassung des Entwurfs würde ganz gewiß auch der Schluß gezogen werden, daß auch ein „stillschweigender" Verzicht zulässig sei, und dann würde er allemal behauptet werden können, wenn die Partei das ihr günstige rechtskräftige Erkenntniß nicht bei der ersten Einlassung auf die neue

Klage geltend gemacht hat. Das ist aber keineswegs geltendes Recht.

In § 192 des Entwurfs ist noch besonders ausgesprochen, daß das rechtskräftige Urtheil für und gegen die Parteien und deren Rechtsnachfolger wirkt. Das folgt aber schon aus dem ersten Satze des § 191, und zwar ist diese Folgerung weniger als die ausdrückliche Bestimmung einer ungehörigen Anwendung ausgesetzt. Die Rechtskraft wirkt überall, wo das festgestellte Verhältniß als solches in Betracht kommt; so hat das Reichsgericht (Bd. 7 S. 188) die Auffassung des Anfechtungsbeklagten zurückgewiesen, es könne ihm die Rechtskraft des von dem anfechtenden Gläubiger gegen den Schuldner erwirkten vollstreckbaren Titels nicht entgegengesetzt werden. Wenn das Reichsgericht seine Entscheidung damit begründet, daß der Anfechtungsbeklagte der Klage nur Einreden aus eigenem Rechte, nicht aus dem Rechte des Schuldners entgegensetzen könne, so heißt dies nichts anderes, als daß über die letztere eben zwischen den justi contradictores rechtskräftig erkannt ist; die besondere Natur des Anfechtungsrechts hat damit nichts zu thun.

Die Form der Cession (Abtretung).

Von Rechtsanwalt Kausen in Düsseldorf.

In richtiger Berücksichtigung der bisherigen Rechtsentwickelung und der Anforderungen des praktischen Lebens bestimmt der Entwurf in § 293:

„Die Forderung aus einem Schuldverhältnisse kann auf einen neuen Gläubiger übertragen werden, ohne daß es der Einwilligung des Schuldners bedarf."

Der Entwurf nennt dies Rechtsgeschäft Uebertragung. Eine Unterart der Uebertragung ist die Abtretung, worunter diejenige Uebertragung verstanden wird, welche auf einer Vereinbarung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger beruht.

Die Abtretung, sagt § 294, erfolgt mit Schließung des Vertrages, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß durch den Vertrag die Forderung auf den neuen Gläubiger übergehen soll.

Insoweit bei einem solchen Vertrage der bisherige Schuldner in der Weise mitwirkt, daß mit seiner Einwilligung ein neues Rechtsverhältniß an die Stelle des alten tritt, ist gegen die Bestimmung, daß dieser Vertrag formlos geschlossen werden könne, nichts einzuwenden. Dagegen sind für die eigentliche Abtretung (Cession), bei der die Zustimmung des bisherigen Schuldners für überflüssig erklärt ist, andere Gesichtspunkte maßgebend.

Der Entwurf verlangt für die Abtretung weder einen schriftlichen Vertrag noch eine bestimmte Form der Bekanntmachung an den bisherigen Schuldner. Die Forderung geht mit dem Augenblicke, wo der alte und der neue Gläubiger den Abtretungsvertrag geschlossen haben, aus dem Vermögen des bisherigen Gläubigers heraus, und dieser Vertrag ist sowohl dem Schuldner gegenüber, sobald er

Kenntniß davon erhält, als auch gegenüber denjenigen Personen, welche aus späteren Abtretungsverträgen und Forderungspfändungen Rechte auf die Forderung herleiten, vollwirksam.

„Mit dieser Regelung", sagen die Motive, „wird der Entwurf ebenso der juristischen Konsequenz wie den Ansprüchen des Lebens gerecht."

Ich halte diese Selbstkritik für durchaus unzutreffend und bin der Meinung, daß vor Allem die Ansprüche des Lebens eine andere Lösung der Frage dringend erheischen, daß aber auch die juristische Konsequenz zu einem anderen Ergebnisse führt.

I.

Wenn zwei Personen einen Vertrag schließen, der lediglich für die Beziehungen unter den Vertragschließenden unmittelbare rechtliche Wirkungen hervorrufen soll, so mag es ihrer eigenen Erwägung überlassen bleiben, ob sie sich auf eine mündliche Abmachung beschränken, oder je nach der Wichtigkeit des Falles eine Privaturkunde oder gar eine öffentliche Urkunde errichten wollen. Der Vertrag als solcher ist der Vorgang, welchen die gewollte Rechtswirkung ohne Weiteres herbeiführt.

Ganz anders, wenn der Vertrag unmittelbare Rechtswirkungen auf dritte Personen oder auf Sachen äußern soll. Wenn beispielsweise eine bewegliche körperliche Sache aus dem Vermögen des bisherigen Eigenthümers in das Vermögen eines Anderen übergehen soll, so verlangt der Entwurf mit Recht außer dem Vertrage, auch noch eine äußerlich wahrnehmbare Thatsache, den thatsächlichen Besitzübergang. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den Rechtsverkehr mit Forderungen führt zu dem Ergebnisse, daß auch dem Abtretungsvertrage ein nach Außen hin erkennbares Moment hinzutreten muß, weil eben die Uebertragung der Forderung in gleicher Weise wie die Uebertragung der körperlichen Sache unmittelbar über den Kreis der Vertragschließenden hinaus wirken soll. Was bei der willenlosen körperlichen Sache die Besitzübertragung, das ist bei dem Schuldner, der ja auch gleichsam einen neuen Herrn erhält, die Bekanntmachung des Abtretungsvertrages, und zwar die Bekanntmachung in einer Form, welche jeden Zweifel über die Tragweite des Abtretungsvertrages nach Zeit und Umfang auszuschließen geeignet ist.

Das ist „juristische Konsequenz".

Dem Falle der Abtretung sehr nahe verwandt ist der Fall des Ueberganges der Forderung auf dem Wege der gerichtlichen Ueber-

weisung. Der Entwurf müßte von seinem Standpunkte aus folgerichtig bestimmen, daß der Augenblick des gerichtlichen Ueberweisungsbeschlusses für den Uebergang der Forderung maßgebend sei. Das Gesetz fällt aber hier gleichsam aus der Rolle, indem es in demselben § 294, der die vollen Wirkungen des Forderungsübergangs an den Abschluß des Abtretungsvertrages knüpft, für den Fall der gerichtlichen Ueberweisung die Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Schuldner für ausschlaggebend erklärt. Da bei der gerichtlichen Ueberweisung wenigstens über die Tragweite des verfügten Forderungsübergangs kein Zweifel ist, so könnte der Gesetzgeber sich hier viel eher als bei der Abtretung mit der bloßen Kenntniß des Schuldners von dem Ueberweisungsbeschlusse begnügen.

Ich würde übrigens die juristische Konsequenz ruhig preisgeben, wenn das praktische Leben eine andere Lösung erheischte. Aber gerade die Erfahrungen des täglichen Lebens fallen gegen die Gestaltung des Entwurfs entscheidend in die Wagschale.

II.

Die Verfasser des Entwurfs haben sich der Erkenntniß nicht verschlossen, daß den Interessen des gutgläubigen Schuldners, der in Unkenntniß des Abtretungsvertrages Rechtshandlungen vornimmt, Rechnung getragen werden muß. Um aber den die Lehre beherrschenden Grundsatz von der unmittelbaren Wirkung des Abtretungsvertrages in voller Reinheit zu erhalten, vermeiden sie es peinlich, den allgemeinen Grundsatz auszusprechen, daß der Schuldner seinerseits erst in dem Augenblicke, in dem er von dem Abtretungsvertrage Kenntniß erlangt, in Rechtsbeziehungen zu dem neuen Gläubiger tritt. Der Entwurf giebt gleichsam nur einzelne Nutzanwendungen dieses stillschweigend gebilligten Grundsatzes.

So sagt der § 303, daß der Schuldner Forderungen, die ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehen, dem neuen Gläubiger gegenüber zur Aufrechnung bringen könne, wenn die Forderung schon zu der Zeit bestand, in welcher der Schuldner von der Abtretung Kenntniß erlangt hat. Die Fassung dieser Bestimmung bringt den Schuldner sogar in die Lage, daß er seinerseits den Zeitpunkt nachweisen muß, in dem er die fragliche Kenntniß erlangte!

Eine bessere Fassung hat der § 304, wonach der Zeitpunkt jene Kenntnißerlangung für die Frage maßgebend sein soll, ob die an den alten Gläubiger bewirkten Leistungen oder die mit diesem abge-

schlossenen Rechtsgeschäfte auch dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam sind. In entsprechender Weise bestimmt § 305, daß in dem Falle, wenn der bisherige Gläubiger eine bereits übertragene Forderung später einem Dritten abgetreten hat, der Schuldner die ihm bekannte spätere Abtretung solange berücksichtigen kann, als die frühere Uebertragung der Forderung ihm unbekannt geblieben ist. Von dem Augenblicke an, wo der Schuldner von der früheren Uebertragung Kenntniß erlangt, wird er die etwa noch ausstehenden Zahlungen an den durch die frühere Uebertragung legitimirten Gläubiger leisten müssen. Hat er an den späteren Cessionar schon Theilzahlungen geleistet, so muß er nunmehr den Rest der Schuld an den früheren Cessionar abtragen.

Das Verhältniß der in den §§ 303 bis 305 niedergelegten Rechtssätze zu dem leitenden Grundsatze des § 293 gestaltet sich hiernach folgendermaßen:

Für das Verhältniß des Schuldners zu den verschiedenen Personen, welche in zeitlicher Aufeinanderfolge die Inhaber der Forderung sind, ist derjenige Zeitpunkt von ausschlaggebender Bedeutung, in dem der Schuldner seinerseits von der Abtretung Kenntniß erlangt hat. Dagegen ist für das Verhältniß zwischen den verschiedenen Cessionaren sowie für das Vorrecht der Cessionare gegenüber den Pfändungsgläubigern, oder umgekehrt, der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ausschließlich maßgebend. Das Rechtsverhältniß wird nach zwei Seiten hin in höchst bedenklicher Weise auseinandergerissen. Ich sehe jedoch davon ab, diesen Gedanken weiter zu verfolgen, und trete nunmehr der Frage näher:

Wie denkt sich der Entwurf die Kenntniß des Schuldners von der Abtretung?

Man höre:

§ 308 Satz 1: „Ist dem Schuldner weder die Uebertragung der Forderung von dem bisherigen Gläubiger angezeigt, noch von dem neuen Gläubiger eine öffentlich beglaubigte Urkunde vorgelegt, welche die Uebertragung oder deren Anerkennung von Seiten des bisherigen Gläubigers enthält, so ist die durch den neuen Gläubiger erfolgte Kündigung oder Mahnung unwirksam, wenn der Schuldner dieselbe bei oder unverzüglich nach der Vornahme wegen Mangels jener Anzeige oder wegen Mangels der Vorlegung jener Urkunde zurückweist.

Will man im Ernste behaupten, daß diese Bestimmung eine genügende Schutzwehr für den Schuldner der abgetretenen Forderung darstelle? Dann würde ich Folgendes erwidern:

1. Der § 308 betrifft nur die Frage, inwieweit der Schuldner von dem mit seinem „Anspruche" hervortretenden Gläubiger eine Legitimation verlangen kann, bevor er die verlangte Leistung bewirkt. Dagegen ist er nicht auf die Frage anwendbar, in welcher Weise der Gläubiger eintretenden Falles seine Behauptung zu begründen hat, daß ein Schuldner, welcher sich auf frühere Rechtshandlungen beruft, bereits zur Zeit dieser Rechtshandlungen die Abtretung gekannt habe. Von diesen Fällen soll also der allgemeine Grundsatz gelten, daß jede Kenntniß des Schuldners von der Abtretung den Gläubiger gegen Einwendungen des Schuldners — vgl. die §§ 303—305 — schützt, und daß es auf die Art und Weise, wie der Schuldner die Kenntniß erlangt hat, nicht ankommt. Der Richter hat die Aufgabe, die innere Thatsache zu ergründen, ob der Schuldner den Mittheilungen, die ihm von irgend welcher Weise, etwa von Vettern und Basen, über die geschehene Abtretung der Forderung zugegangen sind, Glauben geschenkt hat, er soll die Zweifel des Schuldners würdigen, die Stärke seiner Ueberzeugung abschätzen, denn der Schuldner hat ja selbstredend weder die Pflicht noch das Recht, derartige Mittheilungen ohne nähere Prüfung zu beachten. Das Gesetz bürdet ihm also die Gefahr auf, welche darin liegt, daß er entweder trotz einer Mittheilung, die hinterher der Richter für ausreichend hält, nach wie vor an den bisherigen Gläubiger zahlt, oder daß er umgekehrt einer Mittheilung Glauben schenkt, die sich hinterher als irrig herausstellt. Diese Bedenken wiegen doppelt schwer in denjenigen Fällen, in denen der objektive Inhalt des Abtretungsvertrages zu Zweifeln Anlaß giebt (vgl. unter Nr. 5).

2. Der § 308 erwähnt nur einzelne Fälle, in denen von dem angeblichen neuen Gläubiger ein Anspruch gegen den Schuldner erhoben wird: die dem Prozesse vorhergehende Kündigung und die Mahnung. Weshalb ist dieser Rechtssatz nicht wenigstens ganz allgemein dahin gefaßt worden: „Ist dem Schuldner weder . . . ., so ist die Erhebung eines Rechtsanspruchs durch den neuen Gläubiger unwirksam, wenn u. s. w." Der Wortlaut des § 308 deckt nicht einmal den Fall der ohne vorausgegangene Mahnung erhobenen Klage, so daß auch dieser Fall lediglich unter den allgemeinen Grundsatz fällt.

3. Selbst für die in § 308 ausdrücklich erwähnten beiden Fälle machen die Motive den dem Schuldner hier anscheinend gewährten „Schutz" dadurch hinfällig, daß sie bemerken:

„Die Vorschrift des § 308 dient wesentlich zum Schutze des Schuldners, hieraus folgt, daß der neue Gläubiger, falls dem Schuldner die Uebertragung schon bekannt ist (§ 294 Abs. 3), nicht erst noch eine besondere Urkunde auszuwirken und dem Schuldner vorzulegen hat.“

Hiernach muß man unterscheiden:

a) Hat der Schuldner im Augenblicke der Kündigung oder Mahnung auf irgend eine Weise von der Abtretung Kenntniß, so muß er dieselbe vollauf gegen sich gelten lassen.

b) Ist dies nicht der Fall, so genießt er den „Schutz“ des § 308.

4. Worin besteht denn nun überhaupt der Schutz, den der § 308 dem Schuldner gewährt? Er hat das Recht, bestimmte Formen der Bekanntmachung der Abtretung zu verlangen, vorausgesetzt, daß er dies Verlangen unverzüglich, nachdem der neue Gläubiger mit seinem Anspruche hervortritt, kundgiebt. Ist die Kenntniß des Rechts in so weite Schichten gedrungen, daß ein solcher Rechtssatz etwas Anderes ist als eine Fallgrube, in die jeder Schuldner, der nicht sehr tief in das neue Reichsrecht eingedrungen ist, stürzen wird? Das Stillschweigen mag unter Umständen als Billigung der Erklärung eines Anderen aufgefaßt werden, der hier vorliegende Fall ist aber nach keiner Richtung hin darnach angethan, beispielsweise dem Falle des Art. 323 H. G. B. gleichgestellt zu werden.

5. Selbst die in § 308 vorgesehenen besonderen Formen der Bekanntmachung:

a) Anzeige durch den bisherigen Gläubiger,

b) Vorlage einer öffentlich beglaubigten Urkunde durch den neuen Gläubiger

sind nicht geeignet, dem Schuldner wirksamen Schutz zu gewähren.

Der Gesetzgeber denkt augenscheinlich nur an ehrliche Leute und an ganz einfache Verhältnisse.

Was die Anzeige durch den bisherigen Gläubiger anlangt, so mache ich darauf aufmerksam, daß selbst in schriftlichen Verträgen sehr oft die Zahlungsanweisung von der Forderungsabtretung schwer unterschieden werden kann. Um wieviel schwieriger ist diese Unterscheidung bei der flüchtigen mündlichen Erklärung, die in den weitaus meisten Fällen von einer Person abgegeben und entgegengenommen wird, die nicht einmal im Stande ist, diesen Unterschied zu begreifen. Ist es nicht ein großes Unrecht gegen den Schuldner, die ganze Gefahr, welche darin liegt, daß er eine solche Erklärung möglicherweise

irrig auffaßt, oder daß er sie zwar richtig, aber in Abweichung von der Meinung des Erklärenden auffaßt, dem Schuldner aufzubürden, für den der ganze Vorgang an und für sich gar kein Interesse hat?

Ganz besonders bedenklich gestaltet sich die Sache, wenn die Forderung an eine Mehrheit von Personen, deren Namen der Schuldner jetzt zum ersten Male hört, übertragen wird, wenn die Uebertragung nur einen Theil der Forderung betrifft, wenn sie erst in ferner Zukunft wirksam werden soll, wenn sie von Bedingungen der verschiedensten Art abhängig gemacht wird, über deren Tragweite der Schuldner im Laufe einer flüchtigen Unterredung unmöglich die nöthige Klarheit erlangen kann, oder wenn mehrere Abtretungen vorliegen, und der Zeitpunkt der Aufeinanderfolge derselben streitig wird. Der Schuldner muß in diesen Fällen nicht nur auf die Zeit achten, in der die Abtretung zu seiner Kenntniß gelangt, sondern auch auf die Angaben, die ihm über die Zeit des Abtretungsvertrages gemacht werden. Und wer hebt die entstehenden Zweifel? In der Regel ausschließlich das Zeugniß derjenigen Person, die bei dem Vorgange im stärksten Maße interessirt ist, das Zeugniß des abtretenden Gläubigers. Diese Rechtsgestaltung enthält eine große Unbilligkeit gegen den Schuldner. Wer in seinen eigenen Angelegenheiten die größte Vorsicht beobachtet, alle Verträge schriftlich abfaßt u. s. w., wird vom Gesetze gezwungen, die Folgen der Handlungen seines Gläubigers auf sich zu nehmen, der vielleicht ein nachlässiger Geschäftsmann, ein unklarer Kopf oder ein zweifelhafter Charakter ist.

Wenn die Bekanntmachung der Abtretung durch Vorlage einer öffentlich beglaubigten Urkunde erfolgt, so verlieren diese Bedenken allerdings an Bedeutung, aber auch in diesem Falle kommen dieselben keineswegs vollständig in Wegfall, denn wie leicht kann es vorkommen, daß der Inhalt einer solchen Urkunde, selbst wenn er vollständig klar ist, nicht dauernd im Gedächtnisse dessen, der die Urkunde nur flüchtig gelesen hat, haftet!

Nun stelle man sich einen Augenblick die im praktischen Leben so häufigen Fälle vor, wo von Seiten eines überschuldeten Gläubigers eine Abtretung der anderen folgt. Nur die größte Aufmerksamkeit kann in solchen Fällen den Schuldner gegen die Gefahr doppelter Zahlung schützen.

Der § 311 des Entwurfs bestimmt: „Haben Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten den übertragbaren Theil ihres Diensteinkommens oder ihrer Pension

abgetreten, so muß die auszahlende Kasse von dem bisherigen Gläubiger durch eine ihr auszuhändigende öffentlich beglaubigte Urkunde von der Abtretung benachrichtigt werden.

Wie die Motive ausführen, könne den hier in Rede stehenden Kassen nicht zugemuthet werden, auf bloße mündliche Erklärungen oder auf die flüchtige Vorlage einer Urkunde hin die Abtretung von Gehaltsansprüchen zu berücksichtigen. Schlagender kann die Unbrauchbarkeit der gesetzlichen Regel nicht dargethan werden, als durch diese Ausnahme. Die öffentlichen Kassen würden schon zufolge ihrer Einrichtungen sorgfältig von jeder ihnen bekannt gemachten Abtretung Notiz nehmen. Die Anwendung der Grundsätze des Entwurfs ist grade ihnen gegenüber verhältnißmäßig am wenigsten bedenklich. Der kleine Handwerker, der unerfahrene Bauer, dem die Fähigkeit mangelt, die Tragweite solcher Rechtsvorgänge richtig zu erfassen, und der vor Allem nicht gewohnt ist, dieselben zum Gegenstande schriftlicher Aufzeichnungen zu machen, bedarf eines stärkeren Schutzes. Der Entwurf stellt daher die Dinge gradezu auf den Kopf, indem er den bezeichneten Kassen einen Schutz gewährt, den er dem kleinen Manne versagt. Die Rechtsnormen des Entwurfs werden übrigens von öffentlichen Kassen und Behörden, auch in denjenigen Fällen, in denen denselben nicht der besondere Schutz des § 311 zur Seite steht, unliebsam empfunden werden.

Ich habe bisher die ganze Frage lediglich vom Standpunkte des Schuldners aus behandelt, dessen Interessen eine andere Lösung erheischen als die, welche der Entwurf vorschlägt. Aber auch das Verhältniß der verschiedenen Erwerber der Forderung untereinander, namentlich aber das Verhältniß des Erwerbers der Forderung zu etwaigen Pfandgläubigern würde erheblich an Klarheit und Sicherheit gewinnen, wenn die Wirksamkeit des Abtretungsvertrages nach Außen hin von der Beobachtung bestimmter Formen abhängig gemacht würde. Damit wäre für die zahlreichen Anfechtungsprozesse wenigstens insoweit eine sichere Grundlage gewonnen, als zum Mindesten der Zeitpunkt und der Inhalt der Abtretung unverrückbar feststände. Dagegen bilden die §§ 293 und folgende des Entwurfs in ihrer jetzigen Fassung eine wahre Fundgrube von Prozessen aller Art, sie öffnen dem Betruge Thür und Thor.

Es versteht sich von selbst, daß die Abänderung der Grundsätze des Entwurfs über die Abtretung von Forderungen auch zu einer entsprechenden Aenderung der Rechtssätze, welche den Erwerb des

Nießbrauchs an Forderungen und Rechten (§ 1023) sowie die Bestellung eines Faustpfandes an Forderungen (§§ 1208, 1211) betreffen, führen müssen.

Warum die Bestellung eines Faustpfandes an Forderungen an strengere Voraussetzungen geknüpft ist, als die in ihren Wirkungen weiter reichende Abtretung, ist mir unverständlich.

Ich habe es absichtlich vermieden, die Frage zu berühren, ob die Grundsätze des Entwurfs sich mit dem bestehenden Rechte des einen oder anderen Rechtsgebiets decken. Es mag sein, daß Demjenigen, der das bessere Recht nicht kennt, schon das schlechtere erträglich erscheint. Fragen wie die hier behandelten sind lediglich vom Standpunkte des praktischen Bedürfnisses zu lösen.

Vorschlag:

1. Der Abtretungsvertrag begründet für den abtretenden Gläubiger die Verpflichtung:
   a) den zur Wirksamkeit des Vertrages gegenüber Dritten vorgeschriebenen Erfordernissen so viel an ihm liegt zu genügen,
   b) dem neuen Gläubiger Auskunft über das Rechtsverhältniß zu ertheilen und die auf dasselbe bezüglichen Urkunden zu übergeben,
2. der Abtretungsvertrag wird gegenüber dritten Personen (Schuldner, Pfändungsgläubiger, anderer Forderungserwerber) erst wirksam, wenn dem Schuldner auf Betreiben des alten oder des neuen Gläubigers Abschrift eines schriftlichen Abtretungsvertrages oder einer schriftlichen Abtretungserklärung des alten Gläubigers durch Gerichtsvollzieherakt zugestellt worden ist.

Ich halte in letzterer Hinsicht eine einfache Privaturkunde für ausreichend, jedenfalls genügt eine Privaturkunde mit öffentlich beglaubigter Unterschrift.

Zum Schlusse möchte ich mich gegen den naheliegenden Vorwurf verwahren, als ob ich nur tadeln wollte. Da es nicht die Aufgabe dieser Blätter ist, Stoff für die künftigen Kommentare des Gesetzbuchs zu liefern, so läuft jede Einzelkritik selbstverständlich auf einen Tadel hinaus.

Ueber den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches.

Mit besonderer Rücksicht
auf die Verhältnisse der *Rechtsanwaltschaft*, der *medizinischen Praxis* und *anderer wissenschaftlicher Berufe*

von Dr. Theodor Loewenfeld
Rechtsanwalt und Dozent in München.

I.

1. Bezüglich des Dienstvertrages bestimmt § 559 Absatz 1 des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuchs:

„Gegenstand des Vertrages können Dienste *jeder Art* sein."

Nach dieser Bestimmung und den Motiven hierzu kann über die Berufsarbeit des Rechtsanwalts, Arztes, Geistlichen, des Staatsbeamten, des Schriftstellers und Dichters ein Dienstvertrag abgeschlossen werden. Die Arbeit der beiden letztgenannten Berufe ist nach dem Entwurf nicht etwa um deswillen als von der Dienstmiethe ausgeschlossen zu erachten, weil die Civilgesetzcommission beschlossen hat, das *Verlagsrecht* nicht in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, sondern einer Revision des *Handelsgesetzbuches*, als zukünftigen *Bestandtheil* des letzteren, vorbehielt und daher auch im Entwurf des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch Art. 32 die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze *ohne Vorbehalt für das particulare Verlagsrecht* aufgehoben sind. Es ist hierbei, wie aus einer Anmerkung zu Art. 9 des Entwurfes des Einführungsgesetzes ersichtlich ist, vorausgesetzt, daß das revidirte Handelsgesetzbuch *gleichzeitig* mit dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches in Kraft treten kann. Sonst würde, falls nicht noch das Einführungsgesetz geändert und das *Landesverlagsrecht* aufrecht erhalten wird, überhaupt eine andere Möglichkeit, als den Ersatz des

Particularrechts im bürgerlichen Gesetzbuch zu suchen, nicht gegeben sein. Die allgemeine Fassung der §§ 559, 579 des Entwurfs ermöglicht die Anwendung des Dienst- und Werkvertrages auf die schriftstellerische Arbeit, zumal die Motive (II 506) von „sogenannten immateriellen, wissenschaftlichen und künstlerischen Schöpfungen" als Gegenständen der locatio conductio operis im Sinne des Entwurfs sprechen, und es auch als gleichgültig bezeichnen, ob die zur Herstellung des „Werkes" erforderlichen Arbeiten in sogenannten operae liberales oder illiberales bestehen (II 472). Aber auch wenn der Verlagsvertrag eigens und gleichzeitig mit dem bürgerlichen Gesetzbuch geordnet wird, schließt dies unseres Erachtens eine Unmöglichkeit der Anwendung von §§ 559 und 579 des Entwurfes auf schriftstellerische Arbeit nach der Fassung des Gesetzes durchaus nicht in sich, sofern der Verlagsvertrag nicht die einzige Rechtsform schriftstellerischer Leistungen an Andere bildet und bilden wird.

Wir wollen hier nur die Tragweite des § 559 und beziehungsweise 579 feststellen und noch nicht erwägen, ob und inwieweit etwa diese Bestimmungen gerechtfertigt und nothwendig waren.

Nach dem Entwurf bildet nun allerdings die Vereinbarung einer Gegenleistung, welche als „Vergütung" bezeichnet wird, ein wesentliches Merkmal des Dienstvertrages und solche Vereinbarung wird wohl bei Advokaten, Aerzten, Geistlichen nicht gerade regelmäßig der Berufsleistung vorangehen. Der Entwurf will dieses Hinderniß der Annahme eines Dienstvertrages beseitigen, indem er bestimmt:

> „Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen Vergütung zu erwarten war."

Die „Vergütung" braucht nicht in Geld, auch nicht in körperlichen Sachen zu bestehen; sie kann durch jedwede Leistung erfolgen. Das Gesetz schweigt über die sachlichen Voraussetzungen der „Vergütung", und zwar nach den Motiven zu dem Zweck, um hiermit die erwähnte Vielfältigkeit des Vergütungsstoffes anzudeuten (II 460). Hiermit wird also stillschweigend die Grenze zwischen locatio conductio und Innominatcontract aufgehoben und unter erstere auch letzterer theilweise[1]) subsumirt. — Mit Rücksicht auf § 206 des Ent-

[1]) Es werden durch den Dienst- und Werkvertrag nicht die Innominatcontracte, abgesehen von dem in § 502 geordneten Tausch, geregelt, wie Bernhöft meint (Bekker und Fischer, Beiträge zur Erl. des Entw., Heft 12, S. 64), sondern nur die Innominatcontracte auf Dienstleistungen.

wurfes und die Motive hierzu braucht die „Vergütung" nicht einmal einen Vermögenswerth darzustellen, es genügt jedes als „Vergütung" vereinbarte Thun oder Unterlassen, da jedes Thun oder Unterlassen „Leistung" sein kann und das Gesetz besondere Vergütungsleistungen nicht unterscheidet.

Die Möglichkeit nicht vermögenswerthiger „Vergütungen" ist für den Richter gewiß nicht unbedenklich, da hierdurch nach Umständen auch die Grenze zwischen dem entgeltlichen Dienstvertrage und der unentgeltlichen Zuwendung von Diensten als aufgehoben erscheint, jedenfalls die Erkennbarkeit derselben im einzelnen Fall äußerst erschwert sein kann.

2. Nach dem Entwurfe kann Alles, was den Gegenstand eines Dienst- und Werkvertrages bilden kann, auch Gegenstand eines „Auftrages" werden (§ 585). Es ergibt sich dies aus der allgemeinen Fassung des § 585 und ist auch in den Motiven (II 527) anerkannt. Es kann insbesondere keinem Zweifel unterliegen, daß die Leistungen der sogenannten liberalen Berufe als dem Mandat zugänglich betrachtet werden und daß man von einer ausdrücklichen Bestimmung, wie solche in dem oben erwähnten Satz 2 von § 559 Absatz 1 sich findet, hier wegen Ueberflüssigkeit absah. In den Motiven ist der Frage, ob und inwieweit diese Gestaltung dem römischen und beziehungsweise dem gemeinen Recht entspricht, welches im Uebrigen hier zur Grundlage genommen wurde, nicht gedacht. Man ist offenbar der Meinung, daß eine Aenderung des bisherigen gemeinen Rechtes durch Anwendung des Mandates auf liberale Berufsleistungen nicht gegeben ist. Ob dies wirklich der Fall, wird weiter unten zu prüfen sein.

Nach römischem Recht ist die Unentgeltlichkeit der Leistung des Beauftragten dem Mandate wesentlich und bildet dieselbe ein klares Unterscheidungsmerkmal des letzteren gegenüber der Dienstmiethe. Der Entwurf läßt das Erforderniß der Unentgeltlichkeit fallen, indem § 586 bestimmt:

> „Der Auftraggeber kann sich verpflichten, für die Ausführung des Auftrages dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren. Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Ausführung des Auftrages nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war."

Als „Vergütung" bezeichnet, wie bemerkt, der Entwurf bei der Dienstmiethe (§ 559) das Entgelt, welches dem „Dienstverpflichteten" Seitens des „Dienstberechtigten" zukommt; die Wahl des gleichen

Ausdrucks in § 586 beweist, daß auch beim Auftrag es sich um Bezahlung einer Dienstleistung, um Gegenleistung für solche handelt, wenn auch nicht nothwendig um eine in Geld und Geldeswerth bestehende Gegenleistung, welche ja auch bei der Dienstmiethe des Entwurfes nicht verlangt wird. Wir betonen dies, weil der Ausdruck „Vergütung" nicht gerade als glücklich gewählt zur Bezeichnung der Entgeltsnatur erscheint; denn vergüten, „gut machen" deutet eher auf Ersatz, Entschädigung für eine vorausgesetzte Einbuße oder einen Schaden, als auf den Austausch von Leistungen. Es kann aber nicht bezweifelt werden, daß „Vergütung" sowohl in § 559 als in § 586 ein und dasselbe bedeutet, nämlich Lohn, merces, im weitesten Sinne des Wortes.

3. Nach dem Entwurf kann also die Uebernahme einer Dienstleistung gegen Bezahlung sowohl einen „Dienstvertrag" als auch die „Annahme eines Auftrages" vorstellen. Es frägt sich nun, wann ist Dienstvertrag, wann Auftrag gegeben? Diese Frage ist selbstverständlich erheblich, da das Recht des Dienstvertrages sich in mehrfacher Beziehung von demjenigen des Auftrages unterscheidet. Woran haben wir zu erkennen, ob das eine oder das andere anzuwenden ist? Der Entwurf giebt auf diese Frage keine Antwort. Die Motive, welche sich diesmal über die Grenzfrage aussprechen, (II. 526), sagen, darauf lasse sich durch ein Gesetz überhaupt keine Antwort geben. „Verschiedene Ansichten bestehen über die Frage, worin das Wesen des Auftragsvertrages bestehe und durch welches ausschlaggebende Merkmal sich dieser Vertrag insbesondere von dem Dienstvertrage, bezw. dem Werkvertrage unterscheide. Die Aufgabe, diese Frage zu lösen, entzieht sich der Erledigung durch das Gesetz. Sie fällt in das Gebiet der Wissenschaft, welcher auch ohne Besorgniß ihre Lösung überlassen werden kann. Für das Gesetz genügt es, daß durch die Fassung der einleitenden §§ 585, 586 einerseits auf die zwischen Dienstvertrag (§ 559) und Auftragsvertrag bestehende Verschiedenheit hingewiesen, andererseits der Ergründung und Feststellung dieser Verschiedenheit durch die Wissenschaft und Praxis nicht der Weg versperrt wird. Indem § 585 .... von „Auftrag", „Geschäft" und „besorgen" redet, ist klargestellt, daß der Auftragsvertrag ein anderer Vertrag ist, als der „Dienstvertrag" .... Wichtiger als die principielle Feststellung von Unterscheidungsmerkmalen wird es sein, im einzelnen Falle festzustellen, welche der in Ansehung der verschiedenen Vertragsverhältnisse geltenden, von einander ab-

weichenden Vorschriften dem Willen der Vertragschließenden entspricht."

Nach Vorstehendem sind die Motive nicht im Stande, über das Wesen des Auftragsvertrages nach den Bestimmungen des Entwurfs Aufschluß zu geben. Die Ergründung desselben ist vielmehr ausdrücklich der Wissenschaft und Praxis der Zukunft vorbehalten. Hiermit stimmt nicht überein, wenn die Motive wenige Seiten später mehrfach Bestimmungen des Entwurfes durch den Hinweis auf das zur Zeit überhaupt und insbesondere den Motiven unbekannte „Wesen" des Auftrages erklären wollen. „Der Auftrag erlischt gemäß dem Wesen des Auftragsvertrages durch Widerruf des Auftraggebers" (S. 543 zu § 597[1]); gemäß dem „juristischen Wesen des Auftragsverhältnisses" kann auf die Widerruflichkeit des Auftrags nicht verzichtet werden (S. 544 zu § 597[2]; cf. S. 545 zu § 598; S. 549 zu § 601 „Natur der Sache").

Weiter scheint aber auch der Entwurf selbst gegen die Motive angerufen werden zu können. § 78 desselben bestimmt:

> „Solange die Vertragschließenden über die nach dem Gesetze zum Wesen des zu schließenden Vertrages gehörenden Theile sich nicht geeinigt haben, ist der Vertrag nicht geschlossen."

Es dürfte hiernach zur Aufgabe des Gesetzes gehören, Auskunft zu geben über die „zum Wesen des zu schließenden Vertrages gehörenden Theile". Diese Auskunft ist unmöglich ohne Auskunft über das Wesen der betreffenden Vertragsart, mit welcher die Unterscheidungsmerkmale der Vertragsart gegenüber anderen Vertragsarten von selbst gegeben sind. Der Entwurf hat auch diese Aufgabe des Gesetzes sonst selbst bei solchen Verträgen erfüllt, wo die Gefahr der Verwechselung mit anderen Vertragsarten minder groß scheint, als dies bei Dienstmiethe und Auftrag nach dem Entwurfe der Fall ist. Wir verweisen nur auf § 437 des Entwurfes. Warum soll diese Aufgabe dem Gesetze gerade beim Auftragsvertrag nicht zukommen? An den Abschluß eines Auftragsvertrages und an denjenigen eines Dienstvertrages knüpft der Entwurf nicht gleiche, sondern sehr verschiedene Rechtsfolgen. Die abgeschlossenen Verträge sind die Bedingungen und die Rechtsgründe der letzteren. Für die Verwirklichung des Rechtes ist es ebenso wichtig, die Bedingungen und Rechtsgründe der verschiedenen Rechtsfolgen zu kennen, als diese selbst. Die Rechtsfolgen eines Auftragsvertrages giebt der Entwurf an.

Ueber die Frage aber, wann diese Rechtsfolgen eintreten können und müssen, wessen Rechtsfolgen sie sind, verweigert er die Antwort und verweist auf die „Wissenschaft". Aber ein Rechtssatz ist erst dann fertig, wenn uns gesagt wird, nicht nur, daß Etwas eintreten, eine Veränderung sich zutragen soll, sondern auch, wann, unter welchen Bedingungen. Das Gesetz hat auch gewiß den ganzen Rechtssatz aufzustellen, die Bedingung und die Folge, es kann nicht die erstere einem anderen Factor anheimgeben, auch nicht der „Wissenschaft". Sonst könnte die „Wissenschaft" auch den Folgesatz aussprechen.

Es ist ferner nicht zuzugeben, daß die Wissenschaft die Aufgabe lösen kann, der das Gesetz nicht gerecht geworden ist. Unterschiede, welche das Gesetz nicht kennt, hat die Wissenschaft nicht aufzustellen, sondern abzulehnen. Unterschiede, welche das Gesetz sachlich nicht kennt, werden durch Verschiedenheit der Terminologie nicht hergestellt. Es ist nicht genügend, einem unbekannten Thatbestand einen Namen zu geben, um diesen Thatbestand von anderen Thatbeständen zu unterscheiden. Zur Unterscheidung gehört vor Allem, daß man den Thatbestand kennt.

Wenn wir aber den Motiven (II. 526) Glauben schenken dürften — eher möchten wir den Glauben versagen —, so hätte der Entwurf in der That auf rein terminologischem Weg den Unterschied des Auftrages vom Dienstvertrage feststellen wollen. Die Motive behaupten, durch den Gebrauch der Worte „Auftrag", „Geschäft", „besorgen" in § 585 sei klargestellt, daß der Auftragsvertrag ein anderer Vertrag ist, als der Dienstvertrag. In Wirklichkeit wäre dies aber nur dann klargestellt, wenn uns gesagt würde, wodurch sich die Uebernahme eines „Dienstes" gegen Bezahlung von der Uebernahme eines „Geschäftes" gegen Bezahlung dann unterscheidet, wenn der „Dienst" und das „Geschäft" nicht verschieden, sondern eine und dieselbe Handlung sind und sein können, wie dies die Motive zugeben (II. 527)? Daß der Name die Sache nicht ändert, dessen sind die Verfasser des Entwurfes sich gewiß ebenso bewußt, als der alte römische Jurist, der mit der Feststellung inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt (l. 5. § 1 D. 20. 1) die Abwesenheit eines wirklichen Unterschiedes feststellte.

Wenn der Wissenschaft und Praxis der Zukunft von den Motiven (II 526) die Aufgabe zugewiesen wird, das Wesen des Auftragsvertrages und dessen Verschiedenheit vom Dienstvertrag zu ergründen und festzustellen, so ist nicht genügend, wenn das Gesetz ihnen hierzu

verschiedene Namen von Thatbeständen liefert, es müssen verschiedene Thatbestände geliefert werden. Zwischen dem entgeltlichen Auftragsvertrag des Entwurfes und dem Dienstvertrag des Entwurfes wird sich aber eine im Rechtsverkehr faß- und erkennbare Verschiedenheit der rechtsbegründenden Thatsachen aus dem Grunde nicht feststellen lassen, weil in Wirklichkeit keine vorhanden ist. Darin ist die Erklärung des sonderbaren Vorganges gelegen, daß der Gesetzgeber das Wesen eines von ihm selbst aufgestellten Begriffes, dessen Beziehung zu andern von ihm ebenfalls aufgestellten Begriffen und die Kennzeichen des entsprechenden Thatbestandes nicht anzugeben vermag, vielmehr um die Deutung des Sinnes dieser selbstgeschaffenen Räthsel die Wissenschaft bitten muß, die ihm doch keinesfalls sagen kann, was er gewollt hat, wenn er es selbst nicht weiß und nicht wissen will. Daß dies so sich verhält, daß auf die Hülfe der Wissenschaft nicht zu bauen ist, wird schließlich in den Motiven mit einer Wendung anerkannt, die noch seltsamer ist, als was wir bisher gehört haben. Es wird der Nutzen der soeben der Wissenschaft übertragenen Gesetzgebungsarbeit herabgesetzt zu Gunsten einer anderen Aufgabe, die aber nicht der Wissenschaft, sondern den Parteien und dem Richter zufällt. „Wichtiger als die prinzipielle Feststellung von Unterscheidungsmerkmalen wird es sein, im einzelnen Falle festzustellen, welche der in Ansehung der verschiedenen Vertragsverhältnisse geltenden, von einander abweichenden Vorschriften dem Willen der Vertragschließenden entspricht" (Motive II 527). Diese Feststellung ist Aufgabe des Richters und wir wünschen ihm zur Lösung derselben viel Glück und insbesondere solche Parteien, welche die nach den Motiven zum Abschluß eines Dienst-, Werk- oder Auftragsvertrages nothwendige juristische Bildung und genaue Kenntniß des bürgerlichen Gesetzbuches besitzen; es ist aber sehr zu fürchten, daß sie auch im 20. Jahrhundert nicht auf die Höhe dieser Anforderungen gelangen. Für einen Flickschneider z. B. genügt es bis zum Tag der Gesetzeskraft des Entwurfes zur Uebernahme einer Arbeit seines Faches, wenn er die Schneiderei versteht; Institutionen und Pandekten braucht er nicht gehört zu haben; denn jura novit curia, und die curia ist vollkommen zufrieden, falls er eine Schneiderrechnung einzuklagen kommt, wenn er angeben kann, ob und welchen Lohn er vereinbart und ob er die vereinbarte Arbeit dem Kunden geliefert oder angeboten hat. Das ist für den Richter, der das bürgerliche Gesetzbuch anzuwenden hat, bei weitem nicht mehr genügend. Nehmen wir an, der Flickschneider trägt ihm vor, der Kunde habe mit

ihm die „Vergütung" für die bestellte Arbeit vereinbart, ihm den zu verarbeitenden Stoff übergeben, sodann aber letzteren vor dem ersten Nadelstich wieder weggenommen, weil er einen billigeren Schneider gefunden hat. Der Richter frägt sich zunächst nach altem gutem Brauch, was für ein Rechtsverhältniß gegeben ist. Er erinnert sich vielleicht der Stellen des justinianischen Rechts, wo gerade an der Flickschneiderei exemplifizirt wird: Wenn ein Lohn vereinbart, gehört sie zur locatio conductio und zwar operis; arbeitet dagegen der Flickschneider gratis, so ist er ein Mandatar. Mit diesen „Erinnerungen" ist aber dem Richter nicht geholfen. Denn nunmehr kann der Flickschneider, wenn er eine Vergütung sich ausbedungen hat, Beides sein, „Uebernehmer eines Werkes" oder Beauftragter. Ist er Werkübernehmer, so ist die Klage an sich begründet und es wird der Kunde wahrscheinlich verurtheilt, und zwar entweder nach § 575 wegen Annahmeverzugs oder nach § 578 wegen „Rücktritts", wodurch der Anspruch des Uebernehmers auf „die Gegenleistung nach Maßgabe des § 368 Abs. 2" nicht verloren geht, obwohl es hiermit noch eine etwas sehr verwickelte Bewandtniß hat. Ist dagegen der Flickschneider „Beauftragter", so hat der Kunde durch die Wegnahme der Arbeit nur das freie Widerrufsrecht nach § 597 des Entwurfs ausgeübt und der Flickschneider hat in diesem Fall Anspruch gemäß § 596 „auf einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der Vergütung", das heißt: er bekommt Nichts, da er ja noch nichts geleistet hat. Ueber die Frage nun, die der Richter sich unter allen Umständen beantworten soll, ob eine Dienst- bezw. Werkmiethe oder Auftrag gegeben ist, giebt das bürgerliche Gesetzbuch keinen Aufschluß, da es, wie wir gehört haben, nicht zu seiner Aufgabe zählt, hierüber Aufschluß zu geben. Die „Wissenschaft" sagt dem Richter ebenfalls Nichts, insbesondere nicht diejenige der Motive. Eine gesetzliche Vermuthung besteht weder für den Dienst- noch für den Auftragsvertrag. Die gewerbliche Natur der Arbeit ist auch unerheblich, da gewerbliche bezahlte Arbeit sowohl durch Werkmiethe als durch Auftrag übernommen werden kann und in beiden Fällen nicht einmal die Vereinbarung einer Vergütung nothwendig ist; denn in beiden Fällen gilt „eine Vergütung als stillschweigend vereinbart", weil die Herstellung des „Werkes" bezw. die Ausführung des Auftrages „nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war" (§§ 559², 567², 586). In dieser Verlegenheit erinnert sich der Richter der ihm von den Motiven zugewiesenen Aufgabe, „im einzelnen Falle

festzustellen, welche der in Ansehung der verschiedenen Vertragsverhältnisse geltenden, von einander abweichenden Vorschriften dem Willen der Vertragschließenden entspricht." Was die Parteien gewollt haben, müssen sie selbst dem Richter sagen und die Feststellung ihres Vertragswillens ist thatsächliche Feststellung. Der Richter hat also gar nicht nöthig, sich den Kopf über das anzuwendende Recht zu zerbrechen, da nicht er dasselbe den Parteien, sondern die Parteien ihm zu „sprechen" haben. Er frägt also einfach den Flickschneider, ob er bei Uebernahme der Arbeit die §§ 575, 578, 368 Abs. 2 des bürgerlichen Gesetzbuches oder den § 596 Abs. 2 desselben „gewollt" habe. Den Flickschneider muß er hierüber zuerst fragen, weil dieser als Kläger zunächst über den von ihm zu behauptenden Vertragswillen sich äußern muß. Der Flickschneider ist ehrlich genug, einzugestehen, daß er die ihm genannten §§ noch nicht kenne und wird daher sachgemäß belehrt. Darauf erklärt er wahrheitsgemäß, er habe zwar an gar nichts gedacht, aber wenn er an etwas gedacht hätte, so würde er die §§ 575, 578, 368² gewollt haben. Der Gegner kennt ebenfalls die §§ nicht, aber wenn er sie gekannt hätte, so würde er natürlich nur den § 596 Abs. 2 gewollt haben, wie er ja, so behauptet er, durch die That bewiesen habe. Der Richter ist in Folge dessen nicht in der Lage, einen übereinstimmenden Parteiwillen zu konstatiren, er weist die Klage des Flickschneiders ab, weil ein Vertrag nicht zu Stande gekommen ist. — Dies ist ungefähr das Verfahren, wozu die Motive den Richter der Zukunft anweisen.

4. Wir sahen bisher:

1. Jeder Dienst ist Gegenstand des Dienst- und Werkvertrags,
   Jeder Dienst ist Gegenstand des Auftragsvertrages;
2. Beim Auftrag kann eine Vergütung vorkommen, wie beim Dienst- und Werkvertrag;
3. Die Vergütung ist in beiden Fällen Gegenleistung;
4. Die Vergütung kann in beiden Fällen in allem Möglichen bestehen;
5. Auftrag und Dienst- beziehungsweise Werkvertrag umfassen auch den bisherigen Innominatkontrakt;
6. Die Vergütung braucht in beiden Fällen nicht vereinbart zu sein.

Betrachtet man Nr. 1—6, so wird man sich erst der Schwierigkeit, an diesem Thatbestand einen Unterschied zu entdecken, bewußt

werden. So viel ist sicher, daß diese Gestaltung der Grenzbeziehungen des Dienst- und Werkvertrages einerseits, des Auftrages andererseits in hohem Grade jener Eigenschaft entbehrt, welche Jhering die Praktikabilität des Rechtsstoffes genannt hat. Es handelt sich hier um technische Fehler des Entwurfes, die im Interesse der Rechtssicherheit beseitigt werden müssen. Es besteht keine Veranlassung, an den Thatbestand des Dienst- und Werkvertrages, sowie des Auftrages, soweit er identisch ist, verschiedene Rechtsfolgen zu knüpfen. Identisch ist aber zweifellos der Thatbestand des Dienst- und Werkvertrages einerseits, sowie des entgeltlichen Mandates andererseits nach den Bestimmungen des Entwurfes. Beim Dienstvertrag insbesondere, wie beim Auftrag wird eine Handlung im Interesse eines Anderen gegen Entgelt übernommen und in beiden Fällen kann die Handlung grundsätzlich eine und dieselbe sein, sowohl eine rechtsgeschäftliche als auch eine thatsächliche Dienstleistung. Der Schluß, den wir aus dieser Identität des Thatbestandes auf die Nothwendigkeit identischer Rechtsfolgen ziehen, ist keineswegs neu. Er wird zunächst vom römischen Recht gezogen. Wenn ein Dienst, der durch Mandat oder locatio-conductio übernommen werden kann, gegen bestimmte merces übernommen wird, so ist nicht das Recht des Mandates oder der locatio-conductio anwendbar, sondern nur das eine und zwar das der locatio-conductio: solche bezahlte Dienstübernahme ist locatio-conductio. Für das Mandat bleibt nur die unentgeltliche Dienstübernahme übrig und möglich. Damit ist ein klares Unterscheidungsmerkmal beider Vertragsverhältnisse gegeben.

Von neueren Gesetzgebungen, die denselben Weg, wie das römische Recht betreten und damit „praktikables" Recht geschaffen haben, nennen wir das zürcherische Obligationenrecht und das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Das zürcherische Obligationenrecht bestimmt in § 1179:

> „Eine Vergütung für die persönliche Mühe oder einen Lohn für die Arbeit ist der einfache Auftraggeber zu bezahlen nicht verpflichtet.
>
> War ein Lohn oder eine Provision oder Honorar ausdrücklich verabredet, oder war aus den Umständen, z. B. weil bei einem Gewerbsmann eine in seinem Beruf einschlagende Arbeit bestellt, oder einem Kommissionär oder Speditor eine Kommission oder Spedition aufgetragen, oder einem Anwalt ein Prozeß übergeben, oder von einem Arzt

ein Rezept verlangt worden, zu schließen, daß nicht ein unentgeltlicher Auftrag gegeben und empfangen worden sei, so sind derartige Verträge nach den Grundsätzen über entgeltliche Geschäftsbesorgung (Lohndienstvertrag, Kommission, Spedition, Honorarvertrag, § 1560 ff.) zu beurtheilen."

Das königlich sächsische bürgerliche Gesetzbuch bestimmt:

§ 1295. „Auftrag, Mandat, ist der Vertrag, durch welchen sich Jemand einem Anderen verpflichtet, dessen Willen gemäß Geschäfte unentgeltlich zu führen."

§ 1299. „Wird eine Gebühr für die Führung von Geschäften bedungen, so finden die Vorschriften über den Auftrag nur Anwendung, wenn die Vertragschließenden dessenungeachtet einen Auftrag beabsichtigt haben."

Nach § 1299 ist bei Uebernahme einer Geschäftsführung gegen Bezahlung grundsätzlich das Recht des Dienstmiethvertrages gemäß § 1230 des königlich sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs anwendbar, sofern nicht bewiesen wird, daß die Parteien einen Auftragsvertrag abschließen wollten und abgeschlossen haben. Für den Dienstvertrag spricht eine gesetzliche Vermuthung.

Auch nach dem schweizerischen Bundesgesetz vom 14. Brachmonat 1881 über das Obligationenrecht wird, gemäß der von dem Redactor des Gesetzes zu Art. 392 gegebenen Erklärung, der Auftrag durch die ausdrückliche oder stillschweigende Bestimmung einer Vergütung zum Werkvertrag oder zur Dienstmiethe — mit einer übrigens nicht ganz durchgeführten Ausnahme bezüglich des Auftrages zur Handlung gegenüber dritten Personen[2]).

Es wird sich kaum in Abrede stellen lassen, daß die erwähnten Gesetzgebungen einen bedeutenden Vorzug vor dem deutschen Entwurf dadurch haben, daß sie dem Richter eine unfruchtbare Arbeit ersparen und die Anwendung des Rechtes in schätzenswerther Weise sichern und vereinfachen.

Es könnte nun gesagt werden, daß diese Vortheile auf Kosten höherer Ziele der Gesetzgebung gewonnen werden, daß der Glattheit der Verwirklichung des Rechts die Angemessenheit desselben und damit die Gerechtigkeit zum Opfer gebracht wird. Dieser Vorwurf kann

[2]) Das schweizerische Obligationenrecht ... herausgegeben von Dr. A. Schneider unter Mitwirkung von Dr. H. Fick .. gewesenem Redactor des Obligationenrechtes. Zürich. F. Schultheß, 1882. S. 285 zu Art. 392, Note 2.

unserer Meinung nach nicht mit Grund gegen die angeführten Gesetzgebungen erhoben werden. Im Gegentheil; es läßt sich nachweisen, daß die grundsätzliche Identität der Rechtsfolgen des Dienstmiethvertrages und Werkvertrages einerseits und des entgeltlichen Auftrages andererseits auch aus inneren Gründen zu fordern ist und daß die Gleichstellung der Rechtsfolgen des entgeltlichen und des unentgeltlichen Mandates aus eben denselben Gründen ungerechtfertigt erscheint.

5. Wenn wir, um das eben Gesagte zu erhärten, die Bestimmungen des siebenten Titels (Dienstvertrag und Werkvertrag) und des neunten Titels (Auftrag) des zweiten Abschnitts von Buch II des Entwurfs einer Vergleichung unterziehen, so fällt der geringe Umfang und die Dürftigkeit des Inhalts der Dienstvertragsnormen im Verhältniß zum Auftrage ins Auge und man möchte hieraus auf eine erhebliche Anzahl von Verschiedenheiten beider Vertragsarten schließen. Bei genauerer Betrachtung ergibt sich aber, daß eine Reihe von Vorschriften nur zufällig im Mandatstitel stehen und ebenso gut auch im Titel vom Dienstvertrag und beim Werkvertrag hätten Platz finden können. Dieselben betreffen wesentlich gleichartige Verhältnisse, die beim Dienstvertrag wie beim Mandat, dem entgeltlichen und dem unentgeltlichen, unterschiedslos vorkommen, deren Normirung, wenn sie in dem späteren Titel (vom Auftrag) erforderlich schien, wohl auch in dem früheren von der Dienstmiethe nicht fehlen sollte. So wie zur Zeit die Sache liegt, würde der Richter nur durch Anwendung von § 1 (des Entwurfes) auf dem Wege der Rechtsanalogie die im Entwurfe nicht zum Ausdruck gelangte Gemeinsamkeit der fraglichen Vorschriften für Mandat und Dienstmiethe berücksichtigen können, was der Wichtigkeit und Häufigkeit der in Frage kommenden Verhältnisse nicht entspricht.

Bei einer zweiten Gruppe von Vorschriften des Mandatstitels ist die Sachlage eine andere. Sie betreffen zwar auch im Wesentlichen beim Auftrag wie bei der Dienstmiethe vorkommende gleichgeartete Verhältnisse und es ist auch hier für eine verschiedene Behandlung von Auftrag und Dienstmiethe kein genügender Grund vorhanden. Aber die bei der ersten oben erwähnten Gruppe mögliche analoge Anwendung der Mandatsregeln auf die Dienstmiethe ist hier nach den Motiven angeblich ausgeschlossen, weil sie im Entwurf nicht gewollt ist. Inwieweit dem Richter hiermit die analoge Anwendung wirklich verschlossen oder nicht verschlossen ist, soll und kann erst später gezeigt werden.

Von hier kommen wir endlich zu einer **dritten** Gruppe von Vorschriften, in welchen der Entwurf eine durchgreifende Verschiedenheit der Behandlung der Dienstmiethe einerseits und des Auftrages, des entgeltlichen wie des unentgeltlichen, andererseits einführt, während die betroffenen Verhältnisse eine Verschiedenheit nur zwischen Dienstmiethe bezw. Werkvertrag und unentgeltlichem Auftrag zeigen, nicht dagegen zwischen entgeltlichem Auftrag und Dienstmiethe bezw. Werkvertrag.

6. Der **ersten** dieser drei Gruppen, der Gruppe der dem Mandat überhaupt und der Dienstmiethe gemeinsamen Normen, die im Titel von der Dienstmiethe nicht zum Ausdruck gelangt sind und daher auf dem Weg der Analogie vom Richter **gefunden** werden müssen, rechnen wir die Bestimmungen nachstehender Paragraphen des Mandatstitels:

1. § 587. „Nimmt Jemand, welcher zur Besorgung gewisser Geschäfte entweder öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, einen auf solche Geschäfte sich beziehenden Auftrag nicht an, so ist er verpflichtet, dem Auftraggeber die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen."

Es wird wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die in diesem Paragraphen erwähnten Personen die „Geschäfte", welche sie besorgen nicht bloß in Folge Auftrages, sondern auch durch **Vermiethung** ihrer Dienste und Werkmiethe übernehmen können, zumal zu letzterem nach §§ 559, Abs. 2 und 567, Abs. 2 eine Vereinbarung einer „Vergütung" nicht erforderlich ist, während andererseits die „Geschäfte" weder beim Auftrag noch bei Dienst- und Werkmiethe **Rechtsgeschäfte** sein müssen, aber **überall** sein können (Motive II 506, 527). Ob ein Antrag zu einem Dienstvertrag oder ein „Auftrag", d. h. ein Antrag zu einem Auftragsvertrag vorliegt, wird häufig sehr zweifelhaft sein. Die Lage des Antragsstellers ist beim Antrag auf Dienstvertrag nichts anders in der hier fraglichen Richtung, als beim Antrag zu einem Auftragsvertrag oder „Auftrag". Das Interesse des Antragsstellers, die Ablehnung oder Annahme alsbald zu erfahren, ist in beiden Fällen das gleiche. Andererseits ist der Antragsempfänger in **beiden** Fällen in der Lage, die Ablehnung oder Annahme des Antrags alsbald zu erklären, wenn er hierzu beim **Auftrag** im Stande ist; die Verschiedenheit des Vertrages, welche das zu übernehmende „Geschäft" gar nicht betrifft, kann keinen Unterschied machen. In den Motiven ist beim Dienst-

vertrag der in Rede stehenden Vorschrift des § 587 nicht gedacht und ihr Wegbleiben nicht motivirt.

2. § 591. „Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber über die Ausführung des Auftrages Rechenschaft abzulegen. Bei einer Vermögensverwaltung hat er dem Auftraggeber eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende und mit Belegen versehene Rechnung zu legen."

Es ist nicht abzusehen, warum diese Vorschrift nicht auch beim Dienstvertrag gelten sollte, wenn den Gegenstand desselben ein Geschäft von der in § 591 vorausgesetzten Art bildet, was nach § 559 Abs. 1 Satz 2 möglich ist. Insbesondere kann eine Vermögensverwaltung auch durch Dienstvertrag übernommen werden; soll der Dienstverpflichtete dann etwa nicht zur Rechnungslegung verpflichtet sein? Diese Frage ist gewiß zu bejahen, aber die Bejahung ist hier um Nichts selbstverständlicher als beim Auftrage, und wenn man bei diesem es für nothwendig erachtet, eine ausdrückliche Bestimmung aufzunehmen, so gilt diese Nothwendigkeit auch für den Dienstvertrag.

3. § 592. „Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber Dasjenige, was er zum Zweck der Ausführung des Auftrages erhalten, sowie Dasjenige, was er aus der Ausführung desselben erlangt hat, mit Einschluß der gezogenen Nutzungen herauszugeben."

Auch hier kann nicht zweifelhaft sein, daß das Gleiche beim Dienstvertrag zu gelten hat. Es scheint, daß sich der Gesetzgeber hier, wie in § 587 und 591, der völlig gleichen Sachlage, welche beim Dienst-, wie beim Auftragsvertrag gegeben, nicht bewußt geworden ist. Zu dieser Annahme führen die Bemerkungen, welche die Motive zu § 559 (II 459 Abs. 2) enthalten. „Verschiedene Gesetzgebungen haben noch besondere Vorschriften .... aufgenommen .... über die Verpflichtung des Dienstverpflichteten, die ihm von dem Dienstherrn zum Zweck der Leistung der Dienste übergebenen Werk- und Fahrzeuge vor Verlust und Beschädigung zu bewahren und nach der Dienstleistung zurückzugeben .... Die Aufnahme derartiger Vorschriften ist theils wegen Selbstverständlichkeit als entbehrlich, theils im Hinblicke auf die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der nach Abs. 1 hier in Betracht kommenden Fälle als bedenklich erachtet."

Wenn „derartige Vorschriften" beim Dienstvertrag wegen Selbstverständlichkeit entbehrlich sind, dann sind sie dies auch beim Auftragsvertrag; oder sollte hier ein Recht der Unterschlagung näher liegen? Aber auch die „Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit" der „in Betracht kommenden Fälle" ist beim Auftrag nicht minder groß als beim Dienstvertrag; warum hat dies beim Auftrag von Aufnahme der Vorschrift des § 592 nicht abgehalten, wenn sie beim Dienstvertrag „bedenklich" war. Die angeführte Stelle der Motive beweist aber auch, daß man an die Möglichkeit nicht gedacht hat, daß der Dienstverpflichtete noch andere, oft viel werthvollere Dinge als „Werk- und Fahrzeuge" zurückzugeben hat, obwohl diese Möglichkeit beim Dienstvertrag ungleich öfter verwirklicht ist, als beim Auftrag. In der ganzen sogenannten materiellen Produktion ist der Arbeitsstoff meistens nicht Eigenthum des wirthschaftlich unselbstständigen Arbeiters, sondern des Unternehmers, der diesen Arbeiter verwendet. Die Rechtsform aber, in welcher die Verwendung regelmäßig bisher stattfand, ist nicht der Auftrag, sondern der Dienstmiethvertrag, welcher denn auch in der Reichsgewerbeordnung für die Verhältnisse der gewerblichen Gesellen und Gehülfen, sowie der Fabrikarbeiter (G. O. 122, 134) vorausgesetzt wird. Ebenso ist der Dienstvertrag, nicht der Auftrag, die regelmäßige Rechtsform der unselbstständigen Arbeit im Handelsbetrieb (H. G. B. Art. 61). In allen diesen Fällen dürfte die Wichtigkeit anvertrauter Werk- und Fahrzeuge zurücktreten gegenüber anderen anvertrauten Dingen, Arbeitsstoffen, Waaren, Preisen, welche in Folge oder zum Zweck der Erfüllung des Dienstvertrages sich in den Händen des Dienstverpflichteten befinden.

4. § 593. „Hat der Beauftragte Gelder, welche dem Auftraggeber herauszugeben oder für diesen zu verwenden sind, in eigenen Nutzen verwendet, so ist er verpflichtet, dieselben von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen."

Auch hier fehlt eine analoge Vorschrift beim Dienstvertrag. Die Annahme, daß es dem Dienstverpflichteten freistehen soll, die Nutzung der Gelder des Dienstberechtigten, welche an diesen herauszugeben oder für diesen zu verwenden sind, sich anzueignen, wird die Absicht der Verfasser des Entwurfs nicht treffen. Insbesondere ist nicht anzunehmen, daß der unentgeltlich dienende Mandatar strenger behandelt werden soll, als der Dienstverpflichtete.

7. Zur zweiten oben erwähnten Gruppe von Vorschriften rechnen wir die folgenden Bestimmungen des Mandatstitels:

1. § 588. „Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Beauftragte verpflichtet ist, den Auftrag in Person auszuführen."

Die Aufstellung der gleichen Regel beim **Dienstvertrag** ist unterlassen worden. Die Motive (II 456, 457) bemerken, daß eine Anzahl neuerer Gesetzgebungen und Entwürfe den Grundsatz enthalten, daß der Dienstverpflichtete „die Dienste in Person zu leisten hat", wenn nicht „aus der Verabredung oder aus den Umständen etwas Anderes sich ergibt". „Wenn gleich eine solche Regel ohne Zweifel für eine große Zahl von Fällen paßt, so ist doch andererseits nicht zu leugnen, daß sie für viele Fälle nicht zutreffend erscheint. Unter diesen Umständen ist es richtiger, sich jeder Bestimmung in der hier fraglichen Richtung zu enthalten" ....

Da nach dem Entwurf die „Fälle" des Dienstvertrages auch Fälle eines Auftragsvertrages sein können, sollte man glauben, daß die Regel, welche beim Dienstvertrag „für viele Fälle nicht zutreffend erscheint", auch beim Auftragsvertrag nicht aufgestellt werden kann. Warum wird sie nun hier dennoch aufgestellt, und zwar obgleich bisher nach Angabe der Motive im Gebiete des gemeinen Rechtes und des französischen Rechtes die entgegengesetzte Regel gegolten hat? „Die **meisten Aufträge**", so antworten auf diese Frage die Motive (II 531), „werden nicht ohne Rücksicht auf das persönliche Vertrauen ertheilt, welches der Auftraggeber in den Beauftragten setzt. Hierdurch rechtfertigt sich **für die Regel** die Versagung der Substitutionsbefugniß".

Nach dieser statistischen Rechtfertigung der aufgestellten Regel des § 588 muß man wohl annehmen, daß im Sinn der Motive die **meisten Dienstverträge** ohne Rücksicht auf ein persönliches Vertrauen des „Dienstberechtigten" zum „Dienstverpflichteten" abgeschlossen werden. Den Gegenstand des Dienstvertrages würden hiernach „meistens" **fungible** Handlungen bezw. Leistungen bilden, den Gegenstand des Auftragsvertrages „meistens" **nicht fungible** Handlungen oder Leistungen. Und zwar würde, da den Gegenstand der Verträge beiderlei Art **dieselben** Handlungen und Leistungen bilden können, die Vertretbarkeit oder Nichtvertretbarkeit der letzteren **nicht** durch eine Eigenschaft der Handlungen oder Leistungen selbst begründet sein, durch die **Art** der Handlung oder Leistung, sondern durch die zufälligen Beziehungen der Parteien des Vertragsverhältnisses zu einander, nämlich durch das persönliche Vertrauen, welches der Berechtigte in den Verpflichteten **und nur in den Verpflichteten**

setzt oder die Abwesenheit eines solchen ausschließenden Vertrauensverhältnisses. Die Abwesenheit eines ausschließenden Vertrauensverhältnisses würde beim Dienstvertrag als Regel angenommen, im Gegensatz zum Auftragsvertrag, wo das persönliche Vertrauen des Auftraggebers zum Beauftragten regelmäßig den Sinn (nach den Motiven) hat, daß der Auftraggeber dem Beauftragten die Annahme und Wahl eines Stellvertreters nicht anvertraut.

Wir halten die erwähnte statistische Behauptung der Motive für unbegründet. Dieselbe kann nicht einmal vom Standpunkt des römischen Rechtes aus als richtig gelten, obwohl nach diesem Recht das Mandat „originem ex officio atque amicitia trahit (l. 1 § 4 D. 17. 1) und daher auch nothwendig unentgeltlich ist. Zweifellos besteht hier wenigstens bezüglich des zu leistenden Dienstes regelmäßig ein Vertrauensverhältniß zwischen dem Mandanten und dem Mandatar. Aber dafür, daß der Mandant sich „regelmäßig" darauf capricirt, daß der Dienst vom Mandatar in Person geleistet werden müsse, enthält das römische Recht keine Anerkennung. Die Motive bemerken im Gegentheil, daß das gemeine Recht (d. i. das römische Recht) der herrschenden Meinung gemäß dem Mandatar die Substitutionsbefugniß beilegt. — Ein Hauptfall des Mandates ist bisher die Prozeßprocuratur. Man wird wohl auch annehmen dürfen, daß dieselbe regelmäßig auf dem persönlichen Vertrauen des Mandanten beruht. Dennoch räumt § 77 der Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich hier dem Mandatar die Befugniß zur „Bestellung eines Vertreters" ein, ja diese Befugniß kann nach § 79 a. a. O. nicht einmal vom Mandanten dem Gegner gegenüber ausgeschlossen werden.

Wir glauben daher, daß zur Aufstellung der Regel des § 588 keine genügende Veranlassung gegeben ist. Andererseits aber kann diese Regel, wenn sie aufgestellt bleibt, nach den Motiven nicht analog auf den Dienstvertrag angewendet werden, da die gleiche Regel dort absichtlich weggelassen wurde. Hierbei setzen wir allerdings voraus, daß die Erklärung der Motive für die Rechtsanwendung als maßgebend erachtet wird, was sehr zweifelhaft ist. Es kann also auch dahin kommen, daß trotz der gegentheiligen Absicht der Gesetzesverfasser der zukünftige Richter den § 588 bei der Lehre vom Dienstvertrag anwendet; diese Anwendung wäre materiell dadurch gerechtfertigt, daß die Regel des § 588 mit mehr Recht beim Dienstvertrag als beim Auftrag hätte aufgestellt werden können. Denn der Dienst-

vertrag begründet wenigstens viel häufiger dauernde Verhältnisse, als der im Ganzen und Großen auf Erledigung einzelner Geschäfte zielende Auftrag. Bei Eingehung eines dauernden Arbeits- oder sonstigen Leistungsverhältnisses wird aber jedenfalls öfter als bei einem vorübergehenden Verhältnisse das Vertrauen des Dienstempfängers ein ausschließendes sein und hierdurch die Versagung des Rechtes zur einseitigen und beliebigen Substitution sich rechtfertigen. Es hat denn auch, und die Motive erwähnen dies, eine Reihe neuerer Gesetzgebungen und Gesetzesentwürfe die fragliche Regel der Versagung des Substitutionsrechtes gerade beim Dienstvertrage aufgestellt (Mot. II 456.).

Mit der Bestimmung des § 588 hängt

2. diejenige des § 589 zusammen:

„Hat der Beauftragte befugter Weise die Besorgung des Geschäftes einem Anderen übertragen, so haftet er nur wegen einer bei dieser Uebertragung ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit. Hat er befugter Weise bei der Ausführung des Auftrages eines Gehülfen sich bedient, so findet die Vorschrift des § 224 Abs. 2 Anwendung".

Die Vorschrift des § 224 Absatz 2 sagt:

„Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters, sowie wegen des Verschuldens derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient."

Mit dem letzten (zweiten) Satze von § 224 Absatz 2 hat der Entwurf für die gemeinrechtlichen Gebiete ein neues Prinzip aufgestellt. Nach gemeinem Recht haftet der herrschenden Meinung gemäß der Schuldner, welcher sich zur Ausführung der ihm obliegenden Leistung befugter Weise einer fremden Kraft bedient, im Allgemeinen nur für die sogenannte culpa in eligendo; er steht für das Verschulden der dritten von ihm zugezogenen Personen nicht unbedingt ein, sondern nur insoweit, als er selbst „bei der Auswahl oder Aufsicht oder bei der etwa erforderlichen Instruktion gefehlt" hat (Motive II 29). „Dies ist auch überwiegend der Standpunkt des im Deutschen Reiche zur Zeit geltenden bürgerlichen Rechtes" (Motive l. c.). Der Entwurf hat diesen Standpunkt verlassen. Der Entwurf hat als Regel die unbedingte Haftung des Schuldners für die dritten Hilfspersonen aufgenommen, welche Regel nicht nur dem französischen Recht, sondern auch nach der Darlegung der Motive

(II 30) allein den modernen Verkehrsverhältnissen und dem modernen Rechtsbewußtsein entspricht. Als Regel auch des **gemeinen Rechts** hat den fraglichen Grundsatz **Brinz** in seinen Pandekten vertreten und ausgeführt, daß die Gehilfen nur Mittel und Werkzeuge für den Obligirten selbst sind: „und so wenig er die Mängel der Arbeit oder die Schäden der Sache ꝛc. auf seine todten Werkzeuge schieben darf, so wenig kann er die Schuld der lebendigen von sich ablehnen" (Pand. II. Aufl. II. Band § 270 Nr. 1).

Bei der Regel des § 224 Absatz 2 läßt es der Entwurf in der Lehre **vom Dienstvertrag** bewenden. Beim **Auftrag** dagegen unterscheidet der Entwurf in § 589 den Fall der Beiziehung eines Substituten und den Fall der Beiziehung von Gehilfen zur Erfüllung des Auftrages. Die Beiziehung eines Substituten besteht nach dem Wortlaut des § 589 darin, daß „die Besorgung **des Geschäftes** einem Anderen übertragen" wird, daß also ein Anderer **vollständig** an die Stelle des Beauftragten in Bezug auf die Vertragserfüllung tritt. Hier soll der Beauftragte nach § 589 nur für die **culpa in eligendo** haften, wie dies schon bisher nach gemeinem Recht angenommen wurde. Dagegen soll der Beauftragte strenger, nämlich gemäß § 224 Abs. 2 unbedingt haften, wenn er sich zur Ausführung des Auftrages eines **Gehilfen** bedient. Als Grund für diese Unterscheidung wird angeführt (Motive II 532, 533), daß in der pflichtmäßigen Substitution in der Regel die Erfüllung der aus dem Auftragsvertrage für den Beauftragten entspringenden Verpflichtung liege, während in dem Fall der Beiziehung von Gehilfen der Beauftragte die **Erledigung des Geschäftes selbst in der Hand behalte** und daher nach Maßgabe des § 224 Abs. 2 für den Gehilfen zu haften habe.

Hiezu ist zu bemerken:

§ 224 Abs. 2 unterscheidet nicht zwischen dem Fall vollständiger und dem Fall nur theilweiser Bewirkung der Leistung durch dritte Personen, also zwischen Substituten und Gehilfen, wie in § 589 unterschieden wird. Der Schuldner haftet vielmehr nach § 224 Abs. 2 allgemein für das Verschulden „**derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient.**" Es wird sich nicht in Abrede stellen lassen, daß zu diesen Personen, deren sich der Schuldner zur Bewirkung der Leistung bedient, auch der sogenannte Substitut gehört, der, — nicht wie der Gehilfe nur theilweise, sondern vollständig die Leistung statt des Schuldners vollzieht. Denn immerhin substituirt der Schuldner den Substituten sich, und nicht dem

Gläubiger; der Schuldner, und nicht der Gläubiger, bedient sich seiner zum Vollzug der Leistung. Nach § 224 Abs. 2 haftet der Schuldner also auch für den Substituten unbedingt, und nicht bloß für culpa in eligendo, in gleicher Weise wie für den Gehilfen; und dies ist die für das Obligationenrecht des Entwurfes maßgebende Regel.

Diese Regel wird beim Miethvertrag zur Anwendung gebracht; dagegen soll, wie gezeigt, beim Auftrag in der angegebenen Weise unterschieden und im Falle der Substitution, wie bisher nach gemeinem Recht, nur für culpa in eligendo gehaftet werden.

Wir können einen Grund dafür, daß der Dienstvertrag anders behandelt wird als der Auftragsvertrag, und umgekehrt, nicht finden und ebenso wenig einen genügenden Grund für die Unterscheidung des § 589 beim Auftrag. Es ist in der That nicht einzusehen, warum der Schuldner, der die ihm obliegende Leistung ganz einem Anderen überbürdet, milder haften soll, als der Schuldner, der diese Leistung nur theilweise dem Dritten zur Ausführung überläßt. Der Substitut wie der Gehilfe ist ein Mittel für den Schuldner zur Ausführung der von ihm geschuldeten Leistung. Substitution und Gehilfenschaft lassen sich auch nicht in der Praxis so scharf und rein unterscheiden, wie es die Anwendung des § 589 voraussetzt. Es gibt auch eine Substitution für Theile einer theilbaren Leistung; und auch, wenn die Substitution auf das ganze Geschäft geht, läßt sich nicht mit den Motiven schlechthin behaupten, daß der Substituent das Geschäft hiermit vollständig abgethan und erfüllt habe. Bei dem Mangel an entscheidenden Unterschiedsmerkmalen zwischen Dienst- und Auftragsvertrag ist der § 589 einer von jenen Paragraphen des Entwurfes, welche ohne Noth die Rechtsanwendung erschweren und verwirren. — Eine analoge Anwendung des § 589 auf den Dienstvertrag ist aber unmöglich, da dieser Paragraph sich als lex specialis, als eine Ausnahme von der Regel des § 224 Abs. 2, für den Auftragsvertrag darstellt.

3. § 590. „Der Beauftragte darf bei der Ausführung des Auftrages von einer Anweisung des Auftraggebers abweichen, wenn Umstände vorliegen, welche die Annahme begründen, die Abweichung würde von dem Auftraggeber bei Kenntniß der Sachlage gebilligt werden. Der Beauftragte hat jedoch vor der Abweichung, soweit thunlich, dem Auftraggeber Anzeige zu erstatten und dessen Entschließung einzuholen."

Auch diese Bestimmung erscheint, im Lichte der Motive, als eine Spezialvorschrift für den Auftragsvertrag, um so mehr als die Bestimmung, daß der Dienstverpflichtete nach der Anweisung des Dienstberechtigten zu verfahren hat, nach den Motiven mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit aller in Betracht kommenden Fälle als bedenklich erschien (II 458) und deßwegen nicht aufgenommen wurde. Das gleiche Bedenken hätte aber von Aufnahme der Vorschrift des § 590 abhalten müssen, da auch beim Auftrag nach dem System des Entwurfes die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der Fälle nichts mehr zu wünschen übrig läßt. Die Regel des § 590 beruht auf der gemeinrechtlichen Auffassung des Mandates, wie denn auch in den Motiven Sätze des Pandektenwerkes von Windscheid als maßgebend wörtliche Aufnahme gefunden haben. Vergl. Windscheid Pand. II (6. Aufl.) § 410, 1: „Der Beauftragte ist verpflichtet, den übernommenen Auftrag pünktlich auszuführen und haftet dabei nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen jeder Nachlässigkeit" mit den Motiven II 530 (zu § 588):

> „Der Beauftragte ist verpflichtet, den Auftrag pünktlich auszuführen und haftet dabei wegen jeder Fahrlässigkeit."
> Cf. Motive zu § 590, II 535.

Es ist aber hiebei übersehen, daß der Auftragsvertrag des Entwurfes mit dem Mandat des gemeinen Rechts nicht identisch und daß gerade die Zulässigkeit des Mandats für jede Art von Dienstleistung — wie noch des Näheren darzulegen ist, — dem gemeinen Recht unbekannt und die Sachlage hier genau dieselbe ist, wie bei der Dienstmiethe (deren Bereich ebenfalls gegenüber demjenigen der gemeinrechtlichen locatio-conductio erweitert wurde), so daß die Regel des § 590 beim Mandat des Entwurfes nicht weniger unpassend erscheint als beim Dienstvertrage.

8. Wir kommen nunmehr zu Bestimmungen des Entwurfes, die wir der dritten Gruppe zuzuzählen haben, Bestimmungen, in welchen der Entwurf eine durchgreifende Verschiedenheit der Behandlung des Dienst- bezw. Werkvertrages einerseits und des Auftrages andererseits einführt, während die betroffenen Verhältnisse eine Verschiedenheit nur zwischen Dienst- bezw. Werkvertrag und unentgeltlichem Auftrage, nicht dagegen zwischen Dienstvertrag (oder Werkvertrag) und entgeltlichem Auftrag rechtfertigen. Hierher gehören die §§ 596, 597—603 des Entwurfes. Diese Bestimmungen stehen in Zusammenhang, derart, daß sie mit einander stehen und fallen

müssen, so daß es sich empfiehlt, sie auch im Zusammenhang zu besprechen. Auch hier dürfte sich zeigen, daß Sätze des gemeinen Mandatsrechtes in den Entwurf aufgenommen wurden, die zu dem veränderten Thatbestand des Mandats nicht recht passen wollen.

Die Bestimmung des § 596 Absatz 2 steht im schärfsten Gegensatz zu den Bestimmungen des § 561 bezüglich des Dienstvertrages, und der §§ 575, 578 bezüglich des Werkvertrages. Nach § 596 ist die Vereinbarung über die Vergütung beim Auftrag für den Auftraggeber nur dann bindend, wenn der Auftrag ausgeführt worden ist. Wenn vor Beginn der Ausführung der Auftrag widerrufen wird, so fällt die Vereinbarung über die Vergütung zusammen. Nach § 597 kann aber der Auftraggeber den Auftrag jederzeit widerrufen und es kann auf das Recht des Widerrufes nicht einmal verzichtet werden. Von einem Recht des Beauftragten auf die vereinbarte Vergütung auf Grund der Vereinbarung selbst ist also zunächst keine Rede, es ist vielmehr bis zum Beginn des Auftragsvollzuges die Entstehung eines solchen Rechtes ins Belieben des Auftraggebers gestellt. Ganz anders beim Dienst- und Werkvertrag nach §§ 561, 563, 566, 575 und 578 des Entwurfes. Zwar auf die Leistung der Dienste kann der Dienstberechtigte auch hier jederzeit verzichten; er kann zur Annahme derselben nicht gezwungen werden. Ebenso kann der Besteller eines Werkes von der Bestellung zurücktreten. Aber auf die Gegenleistung, die auch hier „Vergütung" heißt, übt der Verzicht des Dienstberechtigten und des Werkbestellers keinen aufhebenden Einfluß.

Der Dienstverpflichtete und Werkübernehmer hat also ein Recht auf die „Vergütung" von Anfang an, der Beauftragte nicht.

Auf der anderen Seite hat der Dienstberechtigte und Besteller von Anfang an ein Recht auf den Dienst, der Auftraggeber hat kein Recht auf Ausführung des Auftrages, denn der Beauftragte kann „den Auftrag zu jeder Zeit durch eine gegenüber dem Auftraggeber abzugebende Erklärung kündigen" (§ 598 Abs. 1).

Es könnte sonach scheinen, daß, wie einerseits der Dienstverpflichtete dem Dienstberechtigten in Bezug auf sofortige definitive Verpflichtung, so der Beauftragte dem Auftraggeber in Bezug auf Freiheit von solcher auf Grund des Vertrages im Entwurf gleichgestellt ist. Dies ist aber thatsächlich nicht der Fall. Der Beauftragte darf den Auftrag nur in der Art kündigen, „daß der Auftraggeber für das aufgetragene Geschäft anderweite Fürsorge zu treffen

im Stande bleibt" (§ 598 Abs. 2). Andernfalls wäre „zur Unzeit gekündigt," und dann „haftet der Beauftragte für den Ersatz des hieraus entstandenen Schadens" (§ 598 Abs. 3). Der Beauftragte darf also nur insolange kündigen, als das ihm aufgetragene Geschäft noch anderweitig besorgt werden kann. Würde die Gegenseitigkeit unter den Vertragsparteien gewahrt, so dürfte der Auftraggeber nur so lange kündigen, als dem Beauftragten die anderweitige Disposition über seine, dem Auftraggeber für dessen Geschäft zur Verfügung gestellte, Zeit noch möglich wäre, sofern es sich um entgeltlichen Auftrag handelt. Denn bei entgeltlichem Auftrag ist die „Vergütung" nach dem Entwurf ebenso Gegenleistung für einen Dienst und dem Dienste gewidmete Zeit, wie dies beim Dienstvertrag der Fall. Aufträge werden nach dem System des Entwurfes ebenso wie „Dienste" übernommen von Leuten, die nur um Lohn arbeiten wollen und die betreffende Arbeitsart gewerbsmäßig betreiben. Daher die Bestimmung in § 586 Satz 2: „Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Ausführung des Auftrages nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war," nicht etwa zufällig übereinstimmt mit § 559 Abs. 2 des Entwurfs:

> „Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war."

Daß hier wie dort eine Gegenleistung für Dienste und zu fremdem Dienst gewidmete Zeit in Frage ist, wurde bereits oben betont und es ist die Gleichheit der bezüglichen Sachlage auch in den Motiven (II 528) anerkannt: „In der betreffenden Beziehung besteht heutzutage zwischen Dienstvertrag (§ 559 Abs. 2) und Auftragsvertrag kein Unterschied. Wenn nach den Umständen die Geschäftsbesorgung nur gegen Vergütung zu erwarten war, so muß eine solche auch dem Beauftragten in gleicher Weise wie dem Dienstverpflichteten zugestanden werden."

Dagegen heißt es später wieder (Motive a. a. O.):

> „Durch das Versprechen einer Vergütung allein nimmt der Auftrag jedoch noch nicht (wie der Dienstvertrag § 559) den Charakter eines gegenseitigen Vertrages an (§ 597, 598, 596)."

Warum nicht? Die §§ 597, 598, 596 sind doch keine Gründe, sie gerade bedürfen der Begründung für das entgeltliche Mandat.

Nach dem Entwurf stehen in Gestalt des Dienst- und Werkvertrages und des Auftragsvertrages Rechtsformen zur Verfügung für Ueber-

tragung und Uebernahme jeder gewerblichen Arbeit. Diese Rechtsformen bieten dem einen Vertragstheil, dem sogenannten „Arbeitgeber“ annähernd dieselbe Rechtssicherheit. Das Recht des Dienst- und Werkvertrages giebt ihm sofort einen unentziehbaren Anspruch auf die Dienstleistung des Gegenkontrahenten. Das Recht des Auftrages sichert ihn wenigstens — soweit dies von Seiten des Rechtes möglich ist — davor, daß die vertragsgegenständige Arbeit zu seinem Schaden ungeschehen bleibt. Denn der „Beauftragte“ muß, trotz seines Kündigungsrechtes, die Arbeit verrichten, falls dieselbe nicht anderweitig mehr besorgt werden könnte, er haftet für den dem Auftraggeber aus der Unmöglichkeit anderweitiger Besorgung der Arbeit zugehenden Schaden. Die gleiche Rechtssicherheit ist den Interessen der anderen Partei, derjenigen des „Arbeitnehmers“ nicht geboten.

Nicht bloß für den Arbeitgeber, sondern auch und insbesondere für den Arbeitnehmer ist die Zeit Geld. Ja, die Zeit ist für den letzteren häufig das einzige Gut, das er — vermittelst der Arbeit für Andere — in Geld verwandeln kann und im Interesse der Selbsterhaltung auch verwandeln muß. Die Bereitstellung und Verfügung über die Zeit zu Gunsten des Vertragsgegners macht ihm vielfach, auch wenn es zur wirklichen Leistung nicht kommt, eine anderweitige Verwerthung „seiner“ Zeit unmöglich. Hierauf nimmt das Recht des Dienstvertrages und Werkvertrages gebührende Rücksicht. Dagegen gestattet das Recht des Auftrages nach dem Entwurf dem Auftraggeber über die ihm nur gegen Entgelt zur Verfügung gestellte Zeit des Beauftragten ohne Entgelt zu verfügen. Der Widerruf des Auftrages entbindet den Auftraggeber von jeder Zahlungspflicht, sofern der Auftrag nicht schon ganz oder theilweise ausgeführt ist (§ 596 Abs. 2). Allerdings kann dieselbe Sachlage auch beim Dienstvertrag durch ausdrücklichen Ausschluß jeder Kündigungsfrist geschaffen werden, eine Möglichkeit, die bekanntlich beim gewerblichen Arbeitsvertrag häufig genug verwirklicht wird. Aber immerhin bedarf dies hier der besonderen, Klarheit schaffenden, Beredung. Durch den Auftragsvertrag stellt der Gesetzgeber eine Vertragsform zur Verfügung, welche die besondere Beredung gerade in der fraglichen Beziehung unnöthig macht. Die Bedürfnisse der gewerblichen Arbeit gaben hiezu keine Veranlassung; und es ist dies um so bedenklicher, als der Gesetzgeber keine Kriterien an die Hand giebt, durch welche sich Verträge beiderlei Art beim Abschluß mit genügender Schärfe von einander abheben.

Es läßt sich die Gefahr nicht ganz von der Hand weisen, daß dieser letztere Mangel in der Praxis auf formularem Weg beseitigt und damit die Tragweite und Bedeutung des Vertrages wenigstens für den einen Kontrahenten verdunkelt wird, zumal die Motive darauf hinweisen, durch den Gebrauch des Wortes „Auftrag" im Gesetzentwurf werde klargestellt, daß der Auftragsvertrag ein anderer Vertrag als der Dienstvertrag sei.

II.

9. In den vorstehend behandelten Bestimmungen des Entwurfs bezüglich der Widerruflichkeit des Mandates und den damit zusammenhängenden Bestimmungen bezüglich der Vergütung sind im Wesentlichen Folgerungen aus dem römischen Mandatsbegriff aufrecht erhalten, während der Thatbestand des Mandates von Grund aus geändert, ja zum konträren Gegensatz des römischen Thatbestandes geworden ist.

Nach römischem Recht ist das Mandat bekanntlich kein Erwerbsgeschäft für den Mandatar; die Leistung des letzteren ist vielmehr ein Freundschafts- oder Pietätsdienst und um deßwillen nothwendig unentgeltlich. Zum unentgeltlichen Mandat aber paßt die freie Widerruflichkeit, die als Konsequenz der Unentgeltlichkeit zu erachten ist. Weder der Mandant kann zur Annahme, noch der Mandatar zur Leistung eines bloßen Freundschaftsdienstes billigerweise gezwungen werden.

Die Sachlage wird nach römischem Recht in keiner Weise dadurch geändert, daß dem Mandatar ein Honorar oder ein Salar gegeben oder versprochen oder von vornherein mit ihm vereinbart wird, wie dies mehrfach in den Rechtsquellen vorkommt: l. 6 pr., l. 7 D. 17. 1, l. 1 C. 4. 35. Wie ist dies zu erklären?

Man hat die Schwierigkeit der Vereinigung eines unentgeltlichen Mandates mit der Möglichkeit der Honorirung des Mandatars dadurch zu beseitigen versucht, daß man die Unentgeltlichkeit des römischen Mandates als ein bloßes naturale negotii erklärte, so daß die Vereinbarung eines Honorars, auch wenn oder obwohl das letztere von den betreffenden Schriftstellern als ein Entgelt für die Bemühung des Mandatars aufgefaßt wurde, doch nicht mit dem Wesen des Mandates in Widerspruch stand, denn nach dieser Meinung gehörte eben, wie bemerkt, die Unentgeltlichkeit nicht zu den wesentlichen Merkmalen des Mandats.

Als Vertreter dieser Anschauung sei hier **Windscheid** angeführt, der in seinen Pandekten (II § 409) die Sache so darstellt:

> „Der Auftrag ist seiner **Natur** nach unentgeltlich; doch **verträgt** er nicht bloß ein freiwillig gegebenes Honorar, sondern auch das Versprechen eines Honorars".

Die **Motive** zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs II 528 geben die gleiche Ansicht wieder, wobei besonders die Wesensgleichheit der „Vergütung" beim Mandat und bei der Dienstmiethe betont wird.

Es ist klar, daß der unter solchen Umständen gegebene bloße Namensunterschied zwischen merces und honorarium oder salarium, und ebenso zwischen den entsprechenden deutschen Bezeichnungen sachlich nichts ändern könnte, und es frägt sich daher nur, ob in der That das römische Recht die Bezahlung des Mandatars für seinen Dienst **zuläßt**. Die Antwort kann nach l. 1 D. 17. 1 kaum zweifelhaft sein. In § 4 daselbst heißt es:

Mandatum nisi gratuitum **nullum** est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, **contrarium** ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

Hier ist klar ausgesprochen, daß das Mandat „bei Strafe der Nichtigkeit" unentgeltlich sein muß und daß die Bezahlung eines Entgelts als **Widerspruch** mit der Grundlage des Mandates angesehen und daher **unverträglich** mit letzterem ist. Nun ist wenige Stellen im Mandatstitel später, in l. 6 pr. und l. 7 von einem „honor" und einem „salarium" zu lesen, und zwar als **vereinbar** mit Mandat. Die Annahme, daß etwa die Compilatoren von l. 1. bis l. 6. desselben Titels **vergessen** hätten, welche bestimmte Erklärung gegen die Bezahlung des Mandatars sie in der ersteren Stelle abgegeben, ist doch unmöglich, ebenso unmöglich, wie etwa die Erklärung der Sache durch die Hindeutung auf die Verschiedenheit der Autoren der fraglichen Stellen, da letztere im **justinianischen** Digestenwerk alle von einem Autor, dem Kaiser Justinian, herrühren. Ja, der sehr absichtliche Ausspruch in l. 6. pr., daß „si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio", läßt erkennen, daß die Compilatoren umgekehrt durch Aufnahme dieser Sentenz einen aus l. 1 § 4. D. ht. ermöglichten Zweifel ausschließen wollten. — Dann kann aber der „honor", obwohl auch er in klingender Münze besteht oder bestehen kann, mit der Unentgeltlichkeit des Mandates und der Mandatsleistung nicht im Widerspruch stehen, es muß ihm zum Trotz immer

noch mandatum **gratuitum** gegeben sein. Dann darf man aber auch im honor (bezw. salarium) keine **Bezahlung** des Mandatars finden wollen.

Hier nun setzt eine zweite Erklärungsart bezüglich des Verhältnisses des Honorars zum Mandat ein. Das Mandat soll die Rechtsform für die Uebernahme sog. operae liberales sein, und die Eigenthümlichkeit der letzteren darin liegen, daß ihr Werth in Geld nicht **abgeschätzt werden kann**, so daß das Honorar nicht, wie die merces, als ein „dem marktgängigen Tauschwerth des Dienstes entsprechender Lohn, sondern als eine nicht auf Worte sich beschränkende Dank- und Ehrerweisung" erscheine. So **Brinz** Pandekten II. Aufl. II. B. § 334 zu Note 9 u. 10; ähnlich **Dernburg**, Pandekten II, § 115 zu Note 11.

Wir wollen zunächst noch kein Gewicht darauf legen, daß gerade die Leistungen der sog. artes liberales **nicht** durch Mandat übernommen wurden, wie Verfasser an anderem Ort [2]) ausgeführt und weiter unten noch darlegen wird. Denn auch die Vertreter der oben erwähnten Meinung stellen nicht in Abrede, daß das Mandat auch gewöhnliche, keineswegs zu den operae liberales zählende Arbeiten zum Gegenstand haben konnte und kann. Als Beispiele von Mandatsleistungen werden in den Quellen die Arbeiten von Flickschneidern oder Tuchwalkern (und Kleiderreinigern) angeführt und zwar bei allgemein lautenden theoretischen Erklärungen über das Mandat und Vergleichungen desselben mit der locatio conductio: § 13 J. mand. 3. 26, l. 22 D. 19. 5. Hieraus ergiebt sich, daß gerade solche Leistungen als ganz gewöhnliche Fälle von Mandatsleistungen erschienen. Nirgends ist aber gesagt, daß bei derartiger keinesfalls „liberaler" Mandatsarbeit nicht etwa ein Honorar möglich war, welches dann natürlich nicht als Dank- und Ehrerweisung für eine „**in Geld nicht schätzbare Arbeit**" erachtet werden konnte. Die vereinbarte und vorher bedungene „Dank- und Ehrerweisung" für eine solche gewöhnlich zu bestimmtem Preise verdungene Arbeit sieht aber unleugbar dem Lohn, der richtigen merces, so ähnlich, daß die Unterscheidung, wenn sie nicht anders begründet werden kann, doch wieder auf einen bloßen **Wortunterschied** hinausläuft und damit **sachlich** die Unentgeltlichkeit des Mandates sehr zweifelhaft würde. Dann wäre es am

[2]) Vgl. Loewenfeld „Inästimabilität und Honorirung der artes liberales nach römischem Recht" in der Festgabe der Münchener Juristenfakultät zu v. Plancks Doktorjubiläum pp. 387 f, 400 f., 464 ff. (1887).

besten, dies Merkmal ganz fallen zu lassen, wie das „bürgerliche Gesetzbuch" thun will. Dann wäre es aber auch unverständlich, wie Justinian jenen nachdrücklichen Ausspruch des Paulus an die Spitze seines Mandatstitels in den Pandekten stellen konnte: Mandatum nisi gratuitum nullum est." Wenn dieser Satz wahr sein soll, dann muß das Verhältniß des Honorars (und Salars) zum Mandat ein anderes, als das bisher angegebene sein.

Die Beziehung des Honorars zum Mandat ergiebt sich aus folgender Erwägung.[1]) Als Grund der Unentgeltlichkeit des Mandats wird angegeben, daß das letztere „originem ex officio atque amicitia trahit" (l. 1 D 17. 1). Mit „officium" bezeichnen die Römer bekanntlich einen Gegensatz zur obligatio, nämlich die „von Altersher katechetisch gehegten und rangmäßig abgestuften Pietäts-Reverenz- und Treuverhältnisse gewisser Personenkreise" (Brinz) mit den zugehörigen dauernden, mehr moralischen als rechtlichen Pflichten; ein solches officium ist z. B. das Verhältniß des vormaligen Sklaven zu dem Herrn, welcher ihm die Freiheit „geschenkt", und als Dank hiefür von ihm, dem Freigelassenen, Ehrung, Treue und Dienste auf Grund einer blos „natürlichen" Verpflichtung, keiner obligatio, verlangen kann. Zu den Diensten, den „operae officiales" des Freigelassenen gehört insbesondere die Uebernahme und Ausführung von Mandaten; die Bestellung eines Prokurators wird sogar als „justa causa manumissionis" bezeichnet, so daß gerade derartige operae officiales, wie sie hier in Frage, als Zweck der Freilassung erscheinen. Diese Dienste ist der Freigelassene dem Patron „natürlich" schuldig und darum kann der letztere sie nicht bezahlen. Hiermit ist aber vereinbar, daß der Patron den Libertus im Dienste nicht hungern lassen darf. Er muß ihm entweder die zum Erwerb nöthige Zeit gönnen oder ihn selbst sustentiren. Wählt er das letztere, so ist selbstverständlich, daß weder die Naturalalimentation, noch die diese sehr häufig vertretende Gewährung eines Salars oder Honorars eine Bezahlung für den nothwendig unentgeltlichen Dienst darstellen, sie sind vielmehr lediglich eine Sustentation zum Zweck der Ermöglichung des Dienstes, und dies von Rechtswegen. Es ist selbstverständlich, daß überall, wo das Mandat auf Grund eines bestehenden officium übernommen wird, dieselbe Auffassung zu gelten hat.

Aber das Mandat wird nach l. 1 D. 17 1 auch auf Grund

[1]) Vergl. hiezu Loewenfeld a. a. O. S. 379 ff.

einer „amicitia“ zwischen den Parteien des Vertrages übernommen. Auch wer als „Freund“ für einen Anderen einen Dienst übernimmt, thut dies nicht um einer Gegenleistung willen. Auch in diesem Fall konnte und kann die vom Entgeltsmotiv freie Widmung zum Dienste eines Anderen durch eine Sustentation in Gestalt von Salar oder Honorar ermöglicht oder erleichtert werden. Der Mandant ist bei der Mandatsübernahme auf Grund einer amicitia so wenig, wie beim Mandat ex „officio“, verpflichtet, eine Sustentation zu gewähren, wie sich dies schon aus dem angegebenen Zweck der Sustentation, Ermöglichung oder Erleichterung des von ihm freiwillig übertragenen Dienstes, ergiebt. Nur kann ohne Sustentation je nach den Verhältnissen des ausersehenen Mandatars von diesem unter Umständen der Dienst nicht übernommen werden, weil er während der Mandatsführung nichts zum Leben hätte. In jedem Falle der Festsetzung einer Sustentation kann dieselbe auch nach Art und Quantum durch die verschiedensten Motive beeinflußt werden, als: Rücksicht auf den Umfang und die Dauer des Dienstes, die Wichtigkeit desselben, die Nothwendigkeit standesgemäßen Lebens für den Mandatar, Erkenntlichkeit und dergleichen. Hierdurch wird die rechtliche Natur der Sustentation und die Art der Beziehung derselben zur Leistung des sustentirten Mandatars nicht verändert.

10. Der Unterschied des als Sustentation aufgefaßten Honorars und Salars von der merces (und damit des Mandats von der Dienstmiethe) ist hiernach kein bloßer Namensunterschied, sondern ein scharfer sachlicher Unterschied. Die locatio-conductio ist auf Austausch von Dienstleistung und Geldleistung gerichtet; Dienst für Geld und gegen Geld, als Leistung und Gegenleistung. Hier ist von jeder der beiden Parteien ihre eigene Leistung an die andere Partei als ein Motor gedacht, welche die andere Partei zur Leistung, d. h. zur Gegenleistung bestimmen soll; und diese, beiden Parteien bekannte, Auffassung beherrscht das ganze beiderseitige Verhältniß. Für jede Partei ist die Gegenleistung Zweck, die eigene Leistung nur das Mittel, die Gegenleistung zu erlangen und also nur um der Gegenleistung willen gewollt, so daß sie überhaupt nicht gewollt würde, wenn eine Gegenleistung nicht zu erlangen wäre und dies vornherein feststünde. Ganz anders ist die Sachlage, wo eine Mandatsleistung durch Honorar oder Salar erleichtert oder ermöglicht werden soll. Die Mandatsführung einerseits und das Honorar und Salar andererseits stehen einander nicht als Leistung

und Gegenleistung gegenüber, wo die vorerörterte Auffassung des römischen Rechtes stattfindet. Nur eine und dieselbe Leistung ist hier von beiden Parteien als Zweck gewollt: die Leistung des Mandatars, und zwar vom Mandanten als Empfänger, vom Mandatar als dem Vollbringer der Leistung. Das Honorar oder Salar, wo solches ertheilt wird, ist für den Mandatar nicht der Zweck, um deßwillen er die Mandatsleistung bethätigt und daher nicht Gegenleistung, sondern — genau so wie für den Mandanten — lediglich das Mittel, das ihm die „an sich" gewollte Mandatsleistung ermöglicht und erleichtert. Ist aber das Honorar und Salar genau in demselben Sinne für den Mandatar Mittel zum Zweck der Mandatsleistung, wie dies für den Mandanten der Fall, also nicht an sich, sondern nur um des Mandanten willen gewollt, weil gewollt für die Zwecke der Mandatsführung, so ist klar, daß Honorar und Salar nicht Gegenleistung an den Mandatar sind, und damit ferner, daß hier eine einzige begriffsmäßig unvergoltene und unentgeltliche Leistung vorliegt, die Leistung des Mandatars an den Mandanten, zu deren Vollbringung Honorar und Salar lediglich Werkzeug unter anderen vom Mandatar gehandhabten Werkzeugen sind. So wenig es als eine Gegenleistung an den Mandatar erachtet werden konnte, wenn der Mandant etwa in den Fällen der l. 22 D. 19 5 dem Mandatar die zur Leistung der hier mandirten technischen Arbeiten nöthigen Instrumente giebt, ebensowenig kann man darin vom Standpunkt des römischen Rechtes eine Gegenleistung finden, wenn dem Mandatar die Leistung der unentgeltlich übernommenen Arbeit weiter dadurch ermöglicht wird, daß der Arbeitsherr dem Mandatar während der Arbeit das Leben fristet. Nur muß von vornherein feststehen, daß die Arbeit nicht um dieser Sustentation willen übernommen wurde, da diese sonst in der That Gegenleistung, und damit das ganze Verhältniß synallagmatisch wäre. Daß die Sustentation, gleichviel welchen Namen sie führt, nicht als Gegenleistung von den Parteien gewollt ist, steht dann von vornherein fest, wenn ein anderes Motiv, als das der Erlangung einer Gegenleistung, als rechtlich die Leistung des Sustentirten bestimmend erscheint. Solche andere Motive nennt die l. 1 § 4 D. 17. 1 im officium und der amicitia. Das erstere ist mit der Antiquirung des Libertenverhältnisses nicht ausgeschlossen, da das officium liberti bekanntlich nicht das einzige und nicht das erste derartige Verhältniß war, wie ein Blick auf das officium der Familienglieder, der Ver-

wandten unter einander zeigt; es bedarf aber auch keiner Ausführung, daß außer dem officium und der amicitia sich noch verschiedene andere persönliche Verhältnisse denken lassen, welche Motive zur unentgeltlichen Leistung abgeben, deren Konstatirung daher dem Honorar wie dem Salar den Gegenleistungscharakter entziehen muß. Immer jedoch sind es, wie die typischen Verhältnisse des officium und der amicitia ergeben, persönliche Beziehungen unter den Vertragsparteien, welche die Grundlage der Unentgeltlichkeit des Mandates bilden. Oder negativ gesagt: Die Art der mandirten Leistung selbst bildet nicht den Grund der Unentgeltlichkeit; von wegen der Eigenthümlichkeit der Arbeit stünde der Bezahlung derselben Nichts im Wege, wie sich einmal aus den in den Quellen vorkommenden Beispielen mandirter Arbeit ergiebt, sodann aber daraus, daß eine und dieselbe Arbeit den Gegenstand sowohl des Mandates als auch der locatio-conductio nach römischem Recht bilden kann, sowohl die Ausführung gewöhnlicher Handwerksarbeit als auch die Besorgung von Rechtsgeschäften. Eine und dieselbe Arbeit wird entgeltlich durch locatio-conductio, unentgeltlich durch Mandat übernommen; und unentgeltlich wird sie übernommen, auch wenn der Mandant den Mandatar zwar honorirt oder salarirt, aber diese Leistungen des Mandanten im Sinne beider Parteien lediglich ein Mittel zur Ermöglichung der Mandatsführung und nicht ein Motor zur Bestimmung des Mandatars zur Uebernahme der Mandatsleistung sind. Das Salar und Honorar im ersteren Sinne fällt, auch wenn für seine Festsetzung remuneratorische Absichten mit in Betracht kamen, nicht unter den Begriff der Gegenleistung.

11. Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches kennt nur eine „Vergütung", die überall als Gegenleistung, Lohn, Entgelt, gedacht ist. Zwischen der Vergütung des Mandatsdienstes und der Vergütung der Leistung des „Dienstverpflichteten" ist weder ein sachlicher noch ein Namensunterschied vorhanden. Der Begriff einer Sustentation zum Zweck eines unentgeltlichen und als unentgeltlich gewollten Dienstes im Interesse eines Anderen ist dem Entwurf gänzlich fremd. Damit ist das einzige Thatbestandsmerkmal hinweggefallen, welches im römischen Recht locatio-conductio und Mandat klar und scharf von einander scheidet. Was die Arbeit anbelangt, welche vom Dienstverpflichteten einerseits, vom Beauftragten andererseits übernommen wird, so steht der Entwurf auf dem römischen Standpunkt,

der hier keinen Unterschied der beiden Vertragsarten voraussetzt. Prinzipiell kann nach römischem Recht wie nach dem Entwurf jede Arbeit, welche Gegenstand der locatio-conductio ist, auch Gegenstand des Mandates sein.

Bei der locatio-conductio des römischen Rechtes wie beim Dienstvertrage des Entwurfes bildet die Bezahlung des Dienstes ein wesentliches Vertragsmerkmal. Wir können hier davon absehen, daß die zur „Bezahlung" verwendete Gegenleistung nach dem Entwurf nicht Geld und nicht ein Geldwerth zu sein hat. Hieraus ergiebt sich, daß die locatio-conductio wie der Dienstvertrag Leistungen voraussetzen, welche bezahlt werden können. Diese Voraussetzung der Bezahlbarkeit ist dann aber auch auf die Leistungen des Mandatars zu erstrecken, was schon aus der wiederholt festgestellten Wesensgleichheit dieser Leistungen mit denjenigen des Dienstverpflichteten erhellt, sowie aus der weiter festgestellten Thatsache, daß den Grund der Unentgeltlichkeit des Mandats nicht eine Eigenart der mandirten Arbeit, sondern die zwischen den Parteien des Vertrages bestehende persönliche Beziehung bildet, welche letztere mit Bezahlung des Dienstes im Widerspruch stehen würde. Es bilden also den Gegenstand sowohl der locatio-conductio als des Mandates, nach römischem Recht wie nach dem Recht des Entwurfes bezahlbare Dienste.

So sehr in diesem letzteren Punkt das römische Recht mit dem Entwurf übereinstimmt, so steht gerade hier andererseits der Entwurf in bewußtem scharfem Gegensatz zum römischen Recht, da dieses den Kreis der bezahlbaren Dienste ganz anders und viel enger zieht, als der Entwurf. Nach dem Entwurf § 559 Abs. 1 Schlußsatz können Gegenstand des Dienstvertrages „Dienste jeder Art" sein und es wird somit, was auch die Motive bestätigen, Diensten jeder Art gesetzlich die Eigenschaft der Bezahlbarkeit beigelegt. Das römische Recht dagegen kennt Berufsarten, deren Unentgeltlichkeit in dem historischen Wesen der betreffenden Arbeit selbst begründet war und daher auch die nothwendige Erscheinungsform der Berufsübung bildete, gänzlich unabhängig von irgend welchen persönlichen Beziehungen zwischen den Vertretern jener Berufe und den Empfängern ihrer Leistungen.[5]) Die letzteren waren daher der locatio-con-

[5]) Vergl. zum folgenden Loewenfeld, „Inästimabilität und Honorirung der artes liberales nach römischem Recht" l. c. pp. 366 ff.

ductio ebenso unzugänglich, wie dem Mandat. Hierher gehört die Ausübung der Bürgerrechte und die Erfüllung der Bürgerpflichten in der Raths-, Heer- und Volksversammlung und die hiermit zusammenhängende sonstige öffentliche Thätigkeit der Einzelnen im Interesse des Staates; die priesterliche, obrigkeitliche, insbesondere richterliche Berufsübung; die theoretische und praktische wissenschaftliche Arbeit, welche letztere in neuerer Zeit mit dem der römischen Rechtssprache nicht bekannten Namen der „operae liberales“ bezeichnet zu werden pflegt. Die Thatsache der Entgeltsunfähigkeit dieser sämmtlichen Thätigkeitszweige wird durch den Hinweis darauf nicht genügend erklärt, daß dieselben im Wesentlichen Berufe der herrschenden Klassen gewesen, deren soziale Anschauungen die bezahlte Arbeit mit einem Makel belegten und als „banaus“ und des freigeborenen Mannes unwürdig zurückwiesen. Denn nach römischem Recht wenigstens stand trotzdem Niemandem etwas im Weg, wenn er sich zu fremdem Dienste vermiethen wollte, die locatio-conductio kennt keine persönlichen Voraussetzungen, sondern nur sachliche; operae locari solitae müssen den Gegenstand bilden, der Dienst muß seiner Art nach vermiethbar sein. Niemand kann sich zur Ausübung seines Stimmrechtes in der Volks- oder Senatsversammlung Jemandem vermiethen, Niemand kann sich vermiethen zur Ausübung der Hoheitsrechte des Staats als Beamter, zum richterlichen und priesterlichen Beruf, zur Lehre der Philosophie oder Jurisprudenz, zur Ausübung der Praxis einer ars liberalis, wie Medizin, Feldmessung, Advokatur. Die Uebernahme aller dieser Thätigkeitsarten gegen Bezahlung einer merces ist eine rechtliche Unmöglichkeit, ihre Unentgeltlichkeit rechtlich nothwendig und daher, wie bemerkt, vollständig unabhängig von irgend welchen privaten persönlichen Verhältnissen und der Rücksicht auf solche. Aus diesem Grunde schon kann auch von einem Mandat bezüglich der fraglichen nothwendig unentgeltlichen Thätigkeiten keine Rede sein, was sich übrigens für die öffentlichen Berufe des Magistratus, Priesters, Richters aus der Unanwendbarkeit eines civilrechtlichen Kontraktes überhaupt auf diese Berufe ergibt. Aber auch in Bezug auf die sogenannten artes liberales ist nicht nur nirgends in den Rechtsquellen von Mandat die Rede, sondern es wird auch die Unanwendbarkeit dieser civilrechtlichen Vertragsform dadurch in den römischen Rechtsquellen ausgesprochen, daß die prätorische und kaiserliche Gerichtspraxis für den Bereich der liberalen Berufsübung besondere — nicht auf dem Civilrecht, son-

dern auf eigener Autorität beruhende — Rechtsmittel schufen (actio in factum, extraordinaria cognitio) und dies wenigstens theilweise ausdrücklich mit dem Fehlen jeder civilrechtlichen Haftung motivirten. — Andererseits aber finden wir bei diesen nach rechtlicher Nothwendigkeit unentgeltlichen Berufsarten eine begrifflich von Bezahlung eines Entgeltes streng unterschiedene Sustentation für die Zwecke der Berufsübung wieder, Besoldungen der mit königlicher Gewalt ausgestatteten Magistratus in Gestalt von Ausstattungsgeldern und anderen Pauschalentschädigungen für amtlichen Aufwand, staatliche Alimente der Priester und Priesterinnen, staatliche Salare und private Gebühren und Honorare der Vertreter der Wissenschaft. So wenig ein König seine Civilliste als Bezahlung für die Ausübung seines Fürstenberufes betrachtet, kam es einem Römer in den Sinn, die regelmäßig reichlich bemessenen Pauschalien für Repräsentations- und andere Auslagen, welche den Provinzialstatthaltern bewilligt wurden, als ein Entgelt für die Uebernahme und Führung der Beamtengeschäfte anzusehen. Daß die Einkünfte der heidnischen Priester oder Priesterinnen eine Bezahlung derselben für ihren Dienst darstellen, das war eine Behauptung, welche gelegentlich zur Zeit des Kampfes zwischen Christenthum und Heidenthum zu polemischem Zweck von christlicher Seite aufgestellt, aber von heidnischer entschieden zurückgewiesen wurde. Die christliche Kirche selbst hat mit einer Schärfe ohne Gleichen die Freiheit der priesterlichen Berufsübung und deren Unabhängigkeit von weltlichen Motiven und vor Allem dem weltlichsten Motive, dem Streben nach Geld, zu wahren gesucht durch die Aufstellung des Simoniebegriffes, welcher noch dem geltenden canonischen Recht und, etwas abgeschwächt, auch dem protestantischen Kirchenrecht angehört. Die Dahingabe und der Erwerb eines geistigen oder kirchlichen Gutes für weltlichen Vortheil ist, als Simonie, nach dem Gesetz der Kirche ein Verbrechen, welches die Gnadenspenden der Kirche in ihrer Wesenheit antastet, corrumpirt und vernichtet. Daher können die freiwilligen wie die unfreiwilligen Oblationen an die Diener der Kirche niemals ein Entgelt für die Spendung kirchlicher Leistungen sein, sie können und dürfen vielmehr immer nur als Sustentation des Priesters aufgefaßt werden, welche es demselben ermöglichen soll, sein Leben frei dem, um seiner selbst und nicht um des Geldes willen erwählten, Berufe zu widmen. So ist im Verkehr zwischen Priestern und Gläubigen nach Kirchengesetz „die priesterliche Leistung, die

Spendung des geistlichen Gutes, von beiden Parteien an sich unmittelbar als Zweck gewollt; die Bezahlung der etwa sich hieran anknüpfenden Gebühr darf von dem Priester nicht als Zweck der eigenen Leistung, sondern nur als Mittel der Ermöglichung derselben, als Berufsermöglichung, aufgefaßt werden; und dieselbe Betrachtungsweise hat auch der Empfänger der priesterlichen Berufsleistung an diese und an seine eigene Zahlung anzulegen. Die letztere darf und kann er sich als „Mittel" nur in dem Sinn vorstellen, in welchem es Seitens des Priesters geschieht, nicht aber etwa als Mittel in der Bedeutung, in welcher beim gegenseitigen Geschäfte die Vorstellung des Mittels auftritt, als eines Motors, welcher die Gegenpartei zu ihrer Leistung veranlaßt. Würde der Empfänger der priesterlichen Leistung sich seine Zahlung in dieser letzteren Weise, als Mittel zum Zweck der Erlangung des geistlichen Gutes, vorstellen, so hätte er in der That dieses Gut als Gegenleistung gedacht, also einzutauschen gegen die eigene Leistung beabsichtigt und damit den ganzen zweiseitigen kirchlichen Vorgang für seine Person in einen entgeltlichen verwandelt. Nach den canonischen Normen betreffend die Simonie vernichtet er hierdurch mit der Leistung des Priesters auch seine eigene an diesen letzteren, da die zum unerlaubten Zweck erfolgte Leistung nicht mehr als Leistung an den Priester als solchen gelten kann, vielmehr kirchenrechtlich eine verlorene ist". [6])

12. Es ist keine bedeutungslose Redensart, wenn an unzähligen Stellen der antiken Literatur und auch in den römischen Rechtsquellen mehrfach von dem „Priesterthum" der Wissenschaft gesprochen wird. Denn die eben erwähnte dem Simoniebegriff zu Grunde liegende Auffassung des Priesterberufes und der Leistungen desselben wird nicht bloß von der römischen, sondern von der antiken Moral überhaupt auch an die liberale Berufsarbeit angelegt. Die wissenschaftlichen, theoretischen, wie praktischen Berufe unterscheiden sich von dem Gewerbe, der „banausen" Arbeit, durch das wesentliche Merkmal der Freiheit von dem Entgeltsmotiv. Die Abhängigkeit von mercenärer Bestimmung und die Bedingtheit durch solche ist nach der Anschauung der Alten nicht vereinbar mit dem Wesen und mit den Zielen der wissenschaftlichen Arbeit. Dies gilt zunächst von den theoretischen Disziplinen. Lohnarbeit ist bestellungsgemäß zu besorgen. Die Bestellung aber setzt voraus, daß ein bestimmtes von

[6]) Loewenfeld a. a. O. pag. 382, 383.

vornherein ausschließlich beabsichtigtes Ergebniß nach Belieben herbeigeführt werden kann. Die Ergebnisse der Wissenschaft als Wahrheitsforschung hängen aber nicht vom Belieben ab, sie können nicht bestellt und nicht „aufgetragen" werden. Das Gleiche gilt nach Ansicht der Alten von der Lehre der Wissenschaft. Wer in Sachen der Wahrheit als Zeuge auftritt, darf unter anderem Zwang als dem der eigenen Ueberzeugung nicht stehen. Die Wissenschaft soll daher um ihrer selbst willen betrieben werden, ihre gewerbemäßige Ausübung um Geld, ihre systematische Beugung unter fremde Ziele wurde als ein Mißbrauch erachtet, welcher die Wissenschaft nicht bloß entwürdigt, sondern auch der Korruption und Fälschung anheimgibt.

Dieselbe Auffassung bestand aber auch bezüglich der practischen wissenschaftlichen Berufe, welche zu den artes liberales der Alten zählten. Auch sie galten ihres Wesens und ihrer Aufgabe halber und daher nothwendig als unentgeltlich. Wir nennen als Beispiele hier die Medicin und die Advocatur.

Den wissenschaftlichen Arzt — von welchem man den medicinischen Handwerker und Händler wohl unterschied[7]) — stellte die antike Moral in den Dienst der Humanität. Er übt seinen Beruf normal nur als beneficium; er hat daher jederzeit seine eigenen Interessen denjenigen des Berufes und des Patienten hintanzusetzen. Die Ausführungen über die moralische und humanitäre Seite des ärztlichen Berufes nehmen in den antiken Fachschriften desselben eine breite Stelle ein und die bezüglichen Pflichten des Arztes scheinen schon sehr früh durch einen Schuleid eingeschärft worden zu sein, welchen ein Schriftsteller des 6. Jahrhunderts n. Chr. mit dem Priestergelöbniß vergleicht. Aus den Rechtsquellen sei hier nur die in die justinianische Sammlung aufgenommene kaiserliche Constitution vom Jahre 370 n. Chr. erwähnt, welche die öffentlich angestellten Aerzte ermahnt, daß sie „honeste obsequi tenuioribus malint, quam turpiter servire divitibus".[8]) Mit solcher Berufsauffassung war die Anwendung derjenigen Vertragsform unvereinbar, welche für das Lohngewerbe typisch ist, die Form der locatio-conductio. Diese Vertragsart war in ihren beiden Unterarten unanwendbar auf die medicinische Wissenschaft, als locatio-conductio operarum, wie als locatio-conductio

[7]) Loewenfeld a. a. O. pag. 419—441.

[8]) l. 9 C. de prof. et medicis 10. 53.

operis. Sie war unanwendbar auch mit Rücksicht auf die technische Gestaltung und Aufgabe des Berufs der Heilkunst. Von locatio-conductio operarum konnte schon um deßwillen nie die Rede sein, weil bei diesem Contract die Leitung der zu leistenden operae durch den Miether der Dienste vorausgesetzt wird, der die Arbeit als solche gedungen hat, um sie selbst zu einem ihm vorschwebenden Ziel zu führen. Der Arzt aber — und darin ist moderne und römische Medicin nicht verschieden — dirigirt den Kranken, und wird nicht von diesem dirigirt. Welcher Art die von ihm vorzunehmende Thätigkeit sein muß, die auch in absichtlicher Unthätigkeit bestehen kann, das hat ihm nicht der Patient, sondern die eigene wissenschaftliche Ueberzeugung zu sagen und nur von dieser darf er sich leiten lassen. Locatio-conductio operis aber ist schon um deßwillen ausgeschlossen, weil der Arzt einen bestimmten Erfolg seiner Bemühungen nicht verspricht und bei normaler Berufsübung nicht versprechen kann, dies vielmehr dem Schwindler und dem Pfuscher überlassen muß. Auch ist nach römischem Recht die Bezahlung des ärztlichen Honorars nicht an die Bedingung der Erzielung eines Erfolges geknüpft, um von der Unanwendbarkeit anderer Folgesätze des opus locatum nicht zu reden.

Die Advocatur, welche auch die Functionen des öffentlichen Anklägers erfüllte, stand nach römischer Auffassung im Dienste des Rechts und der staatlichen Wohlfahrt. Statt hundert anderer Belege sei hiefür an dieser Stelle nur auf die kaiserliche Constitution vom Jahre 469 n. Chr. verwiesen, welche als l. 14 C. de advocatis 2. 7 im Codex Justinianeus recipirt ist, ein glänzendes Zeugniß für die hohe Berufsauffassung und für die Ehre, welche die Advocatur auch noch in jener Zeit der Despotie sich zu wahren gewußt hat, aber nicht minder für die Bedeutung, die man damals dem Rechte beimaß. Der Kampf für das Recht, die Aufgabe der Advocatur, wird in jener Gesetzesstelle auf gleiche Stufe gesetzt mit dem Kampf für die Existenz des Staats, der Aufgabe des Kriegers. Denn wir sind nicht der Meinung, erklären die kaiserlichen Gesetzgeber, daß etwa nur Jene für unser Reich kämpfen, welche das Schwert führen, sondern wir glauben, daß solchen Kriegsdienst auch die Advocaten leisten, die mit der Waffe des Wortes in öffentlichen und privaten Rechtssachen die höchsten Güter vertheidigen.

Je höher der Beruf der Advokatur in Gesellschaft und Staat gestellt wurde, und je bedeutsamer seine Aufgaben erschienen, desto

energischer wiesen Moral und Recht einen mercenären Betrieb dieses Berufes zurück. Da man in der Entwicklung des letzteren zu einem bloßen Gewerbe von, Rechtskunde und Beredsamkeit verwerthenden, Geschäftsleuten von jeher eine bedeutende sociale Gefahr erblickte, so suchte man derselben nicht bloß durch civilrechtliche, sondern auch durch strafrechtliche Normen zu steuern. Daß die Berufsleistungen der Advocatur schon hiernach nie zu den operae locari solitae gehören konnten, versteht sich von selbst. Es ist übrigens auch hier bezüglich der Unanwendbarkeit sowohl der locatio conductio operarum als auch der locatio conductio operis auf die advocatorische Berufsleistung genau dasselbe zu sagen, was oben von der Unvereinbarkeit dieser beiden Vertragsarten mit der technischen Gestaltung und den Aufgaben der Heilkunst bemerkt wurde. Locatio conductio operarum wäre schon deshalb unmöglich, weil nach römischem Rechte der Advocat ebensowenig unter der Leitung des Clienten steht, als der Arzt unter der Leitung des Patienten; locatio operis ist deßwegen ausgeschlossen, weil auch der Advokat keinen Erfolg seiner Bemühungen, sondern nur diese letzteren normaler Weise versprechen kann und ebensowenig wie der Arzt für den Erfolg bezahlt wird.

13. Das Mandat versetzt nach römischem Recht die Berufsleistung in die gleiche unbedingte Abhängigkeit vom Willen des Empfängers derselben, wie dies bei der locatio-conductio der Fall ist. Auch der Mandatar ist verpflichtet, die Anweisungen des Mandanten pünktlich zu befolgen. Gerade diese Abhängigkeit aber ist es, welche mit der Berufsleistung der theoretischen wie der practischen Wissenschaft nach römischer Anschauung unvereinbar ist. Dies galt ganz besonders von den zuletzt erwähnten Berufen der Medicin und der Advocatur.

Der Arzt wie der Advocat werden zwar regelmäßig nur auf Ersuchen des ihrer Hilfe Bedürftigen thätig und sind insofern in ihrem Beruf abhängig von dem Willen der Empfänger ihrer Leistungen, nicht anders als der Priester, welcher die Gnadenspenden der Kirche nur den darnach Verlangenden gewährt, nach dem Grundsatz beneficia non obtruduntur. Wie sie aber, der Advocat, wie der Arzt oder der Priester die von ihnen erbetene Hilfe leisten, darüber haben sie von dem Clienten, dem Patienten, dem Gläubigen keine maßgebenden Anweisungen und Befehle entgegenzunehmen; es empfängt vielmehr die Regeln seines Verhaltens der Advocat, zum Unterschiede vom bloßen Procurator, vom Recht und von der Rechts-

wissenschaft, der Arzt entnimmt sie den Erfahrungen der Heilkunst, der Priester den Dogmen seines Glaubens. Hierauf ist zum einen Theile die überlegene Autorität begründet, deren der Advocat wie der Arzt und wie der Priester für seine Berufsübung nicht entbehren kann. Zum andern Theile aber fußt diese unentbehrliche Autorität auf dem Vertrauen, das der Advocat, der Arzt, der Priester von dem Hilfsbedürftigen zu beanspruchen hat, nicht wegen zufälliger persönlicher Beziehungen, wie der Mandatar, sondern als Vertreter eines Berufs, welcher allgemein und ausnahmslos uneigennützige Hingabe an seine Arbeitsziele fordert und dessen Leistungen nur dann normal und echt sind, wenn sie nicht von den eigenen egoistischen Interessen des Leistenden ausgehen oder beeinflußt werden. Solche Leistung bezeichnet das römische Recht als „beneficium". Nach römischer Rechtsanschauung bildet das beneficium die nothwendige Erscheinungsform der liberalen Berufsübung und ist von dieser letzteren, ohne Rücksicht auf persönliche Beliebung oder Beziehung, unzertrennlich. Daher kann auch von Bezahlung liberaler Berufsleistung in keiner Form Rechtens die Rede sein, sondern immer nur von Sustentationen für die Berufszwecke, gleichviel ob es sich um staatliche oder überhaupt öffentliche oder von Privaten kommende Bezüge im Anschlusse an den Berufsbetrieb handelt.

14. Der Entwurf verwirft, wie erwähnt, die eben dargelegte römische Unterscheidung von operae liberales und illiberales durch die Bestimmung des § 559, daß Gegenstand des Dienstvertrages „Dienste jeder Art" sein können. Die Motive (II 455) bemerken hierzu:

„Nach römischem Recht kann nicht jede Art von Diensten Gegenstand der Dienstmiethe (locatio conductio) sein, vielmehr sind gewisse Dienstleistungen aus dem Kreise derselben ausgeschlossen. In der gemeinrechtlichen Doctrin pflegt in dieser Beziehung zwischen sogenannten operae illiberales und operae liberales unterschieden, und nur derjenige Vertrag, welcher die entgeltliche Leistung von operae illiberales zum Gegenstand hat, als Dienstmiethe im Sinne des römischen Rechts bezeichnet zu werden .... In neuerer Zeit scheint übrigens sowohl in Theorie als Praxis die Ansicht an Boden zu gewinnen, daß im Hinblick auf die heutigen socialen Anschauungen jene Unterscheidung des römischen Rechtes keine Beachtung mehr verdiene, vielmehr gemeinrechtlich auch solche Verträge, welche die entgeltliche Leistung von operae liberales zum Gegenstande haben, nach denselben Regeln, wie die

locatio conductio operarum zu beurtheilen seien .... Dies ist nach dem Vorgange der meisten neueren Gesetzgebungswerke auch der Standpunkt des Entwurfes..... In der Fassung weicht jedoch der Entwurf von den neueren Gesetzgebungswerken darin ab, daß er es vermeidet, auch nur in formeller Beziehung zwischen den operae liberales und illiberales zu unterscheiden. Eine solche auch nur formelle Unterscheidung muß als der modernen Rechtsauffassung entschieden widerstreitend schlechthin abgelehnt werden. Andererseits ist es wegen des gemeinen Rechtes und der in der gemeinrechtlichen Doctrin bestehenden Streitfragen bedenklich, sich in der hier fraglichen Beziehung jeder ausdrücklichen Vorschrift zu enthalten".

Die Frage, welche Dienste den operae liberales zuzuzählen seien, welche den operae illiberales, erwähnen die Motive als eine Streitfrage der gemeinrechtlichen Doctrin, ohne jedoch selbst eine Entscheidung zu treffen. Es muß das letztere als correct bezeichnet werden, da der Entwurf jede Unterscheidung von „Diensten" ablehnt, vielmehr alle und jede Dienste der Dienstmiethe als zugänglich erklärt.

Die Motive bezeichnen dies als entschiedene Forderung der „modernen Rechtsauffassung." Was ist mit letzterer gemeint? Wir Modernen leben, wie die Motive selbst sehr anschaulich machen, unter recht verschiedenen Gesetzen und, wie die Erwähnung der gemeinrechtlichen Kontroversen über die operae illiberales und liberales zeigt, bestehen bezüglich eines und desselben Rechts, gerade in dem fraglichen Punkte, heute sehr verschiedene Auffassungen. Auch die Berufung auf die „meisten neueren Gesetzgebungswerke," unter welchen aber weder französisches, noch englisches, belgisches, niederländisches oder italienisches, spanisches, russisches, amerikanisches Recht vertreten ist, soll und kann nicht darthun, daß die dermaligen Rechte der modernen Völker etwa eine einheitliche Auffassung der erörterten Frage im Sinne der Motive enthalten, um so weniger als die Motive selbst darlegen, daß die von ihnen erwähnten neueren Gesetzgebungswerke eben die formelle Unterscheidung zwischen operae illiberales und liberales aufstellen, welche nach den Motiven der behaupteten „modernen Rechtsauffassung" entschieden widerstreitet. Der Hinweis auf die letztere ist also nicht als Hinweis auf das „geltende Recht" aufzufassen, vielmehr dem Sinne nach wohl identisch mit der Bezugnahme auf die „sozialen Anschauungen" der neuen Zeit, womit die Motive an derselben Stelle den Standpunkt des Entwurfes in § 559 begründen.

Wir sahen oben, daß die antike Unterscheidung der operae illiberales und liberales auf Unterschiede im Wesen und in den Zielen der Berufsgattungen zurückzuführen ist und technische Differenzen der Arbeitsarten selbst zur Grundlage hat. Würde es sich nur etwa um einen Unterschied von höheren und niedrigeren Zünften und Zunftarbeiten handeln, so müßte derselbe allerdings heute völlig bedeutungslos, und ein damit zusammenhängender Anspruch auf verschiedene rechtliche Behandlung als völlig verwerflich erscheinen. Wollen die Motive dies zum Ausdruck bringen, wollen sie sagen, daß das Handwerk und andere bezahlte gewerbliche Arbeit nicht mehr verachtet ist, daß unsere Zeit jede Art von Arbeit gleich in Ehren hält und daher die antike Unterscheidung gegenstandslos geworden sei? Es wäre dies ein Irrthum; denn die Alten haben die der liberalen Berufsübung, zum Unterschied von den operae locari solitae, nothwendige Unabhängigkeit von mercenären Strebungen nicht subjektiv, mit einer höheren Dignität der Vertreter der Wissenschaft, sondern mit dem Bedürfnisse der letzteren, rein sachlich, begründet. Wir werden sehen, daß dieser Irrthum in der That den Motiven imputirt werden muß. Es können nun aber soziale Anschauungen mittelbar auch die technische Art und die technischen Ziele der Arbeit verändern, indem sie — oder vielmehr die veränderten sozialen Verhältnisse, deren geistiger Reflex nur die Anschauungen sind — den Menschen verändern und mit ihm seine Bedürfnisse und seine Mittel. Solcher Umwandlung erscheint sogar die vorwiegend geistige und künstlerische Produktion und das ihr entsprechende Konsumtionsvermögen besonders zugänglich. Wir haben daher noch zuzusehen, ob die Arbeit und die Arbeitsziele derjenigen Berufe, welche nach römischem Recht der Dienstmiethe nicht zugänglich sind, sich derart verändert haben, daß die Leistungen dieser Berufe nunmehr so selbstverständlich, wie es nach den Motiven der Fall sein soll, als Gegenstände der locatio conductio gelten.

15. Es wurde oben bemerkt, daß die Alten, wenn sie vielfach vom „Priesterthum" der Wissenschaft sprechen, hiermit eine bestimmte ideale Auffassung des eigentlichen Priesterberufes vor Augen haben und diese Auffassung auf den Wissenschaftsbetrieb übertragen. Es wurde ferner oben dargelegt, wie diese dem klassischen Alterthum bereits eigene Ansicht vom Priesterberuf sodann in der römischen Kirche festgehalten und dem Begriff der Simonie zu Grunde gelegt

worden ist, einem Begriff, der bereits in der Rechtsgeschichte der antiken Wissenschaft, wenn auch noch nicht in der kanonischen Schärfe, vorkommt. Die Alten begründen die Unentgeltlichkeit der liberalen Berufsübung durch Parallelisirung derselben mit dem Priesterdienste. Gegenüber dem Entwurf und dessen Begründung ist aber nunmehr in erster Linie zu fragen, ob unter den „Diensten jeder Art", die gemäß § 559 vermiethbar sind, sich nicht auch priesterliche Dienste befinden? Diese Frage ist in doppelter Richtung zu stellen: Zunächst dahin, ob etwa auf priesterliche Gehaltsbezüge die Grundsätze des Entwurfs, betreffend die dem Dienstverpflichteten zukommende „Vergütung" anzuwenden sind? Da die geltenden Kirchenverfassungsgesetze die staatlich oder gemeindlich angestellten und besoldeten Geistlichen vielfach als Beamte nach Analogie der Staats- oder Gemeindeorgane behandeln, für die Konstruktion des Staatsbeamtenverhältnisses aber, was dessen privatrechtliche Seite anlangt, nach der Ausführung eines in den Motiven (II 456) erwähnten reichsgerichtlichen Erkenntnisses „die Benutzung der Analogie der entsprechenden privatrechtlichen Dienstverträge sich völlig rechtfertigt,"[9]) so muß die gestellte Frage offenbar vom Standpunkt der Verfasser der Motive aus bejaht werden, um so mehr als das von denselben in Bezug genommene Erkenntniß die Unterscheidung von operae liberales und illiberales als bloß „terminologisch" erklärt [10]). Es ist übrigens darauf hinzuweisen, daß die Fälle der Bestellung von Geistlichen durch rein privatrechtlichen Vertrag auch da nicht ausgeschlossen sind, wo die priesterlichen Funktionen in der Hauptsache in den Händen von öffentlich angestellten Geistlichen sich befinden. So kann z. B. nach der badischen Kirchenverfassung der evangelisch-protestantischen Kirche vom 5. September 1861[11]) dem Pfarrer die „Annahme" von Pfarrverwesern und Hilfsgeistlichen überlassen sein und sie treten durch die Annahme in ein privates Verhältniß zu dem

[9]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 18 S. 174.

[10]) Vgl. auch die Motive zum „Entwurf eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch" S. 151, wonach „die Vorschriften über die privatrechtlichen Beziehungen der Kirche zu dritten Personen, sowie die Vorschriften, durch welche privatrechtliche (vermögensrechtliche und persönliche) Verhältnisse der Kirchenangehörigen geordnet werden, dem bürgerlichen Rechte zuzurechnen" sind. Theilweise widersprechend die Erklärung der Motive S. 152 (über die Stolgebühren).

[11]) E. Friedberg, Die geltenden Verfassungsgesetze der evangelisch-deutschen Landeskirchen, Freiburg 1885. S. 490 (§ 105).

Pfarrer, der sie zu seiner Unterstützung oder Vertretung beruft und für die Kosten aufzukommen hat. Auch wenn der Pfarrer nicht zu der höchsten von den sechs Einkommensklassen zählt, in welche das badische Gesetz vom 26. August 1867[12]) die Pfarrer des Landes eintheilt, werden die Verfasser der Motive die fraglichen Hilfs- und Vertretungsdienste zu denjenigen rechnen, welche (§ 559 Abs. 2) „nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten" sind und daher die Grundsätze der Dienstmiethe darauf anwenden, welche nach ihrem System auf den Dienst des Vertretenen selbst anzuwenden sind. Von den im „Dienste" der Privatkirchengesellschaften, der anerkannten wie der nicht anerkannten, stehenden Priestern kann dann selbstverständlich auch nichts Anderes gelten, da ja, wie oft hervorgehoben, dem Entwurf nur eine Vergütung bekannt ist und diese als merces im weiteren Sinne betrachtet werden muß.

Es muß aber die oben aufgeworfene Frage noch in zweiter Richtung gestellt werden, nämlich in Bezug auf die Stolgebühren, welche sich an die den einzelnen Gläubigen gewidmeten priesterlichen Funktionen anschließen und einen zweiten Bestandtheil des priesterlichen Einkommens bilden, die Reichnisse für Taufe, Trauung, Begräbniß ꝛc. und zugehörige, sowie andere private gottesdienstliche Akte (Privatmessen ꝛc. ꝛc.). Mit Rücksicht darauf, daß die Geldleistung der Gläubigen sich hier unmittelbar an die ihnen zugewendete oder von ihnen veranlaßte kirchliche Leistung anschließt, daß auch die ursprünglich völlig freiwilligen Oblationen an die Diener der Kirche nicht mehr bloß als kirchliche Pflicht erscheinen, sondern im Nothfall durch den „weltlichen Arm" herbeigeführt werden können, ist wohl vom Standpunkt der Motive aus die Anwendbarkeit des § 559 auf das Verhältniß des Priesters zum Gläubigen ebenfalls anzunehmen. Können doch auch diese Gebühren, gerade so wie der Gehalt des Geistlichen, von diesem Standpunkt aus nichts als Entgelt, Lohn für Dienstleistung sein, da er eine andere Möglichkeit überhaupt nicht begreift!

Wir möchten nun aber doch sehr bezweifeln, ob diese „moderne Rechtsauffassung" und diese „sozialen Anschauungen" sich mit denjenigen der betheiligten kirchlichen Kreise decken würde, da der Begriff der Simonie als Strafrechtsbegriff der Kirche nicht derogirt ist und zusammen mit dem zugehörigen nicht bloß der Kirche bekannten Moral-

[12]) Friedberg a. a. O. S. 476.

grundsatz noch kräftig genug sein dürfte, um die Verwandlung des Priesterberufs in einen Gewerbebetrieb, wie solchen § 559 des Entwurfs voraussetzt, zu verhindern. Auch ohne Enquête dürfen wir uns wohl auch der Ueberzeugung hingeben, daß der Werth und die Werthschätzung der priesterlichen Handlungen für die betreffenden gläubigen Kreise sehr erheblich verringert werden oder ganz schwinden würde, falls auch nur entfernt die Vermuthung Eingang fände, daß die Glaubensaktionen des geistlichen Führers der Gemeinde — man denke beispielsweise an Predigt, Weihereden, Gebetsverrichtung — im Sinne desselben Mittel des Gelderwerbs seien, etwa wie für einen Fabrikarbeiter die Bedienung seiner Maschine. Nicht um der Person des Priesters willen wird von demselben eine ganz andere Auffassung seines Berufs verlangt, sondern darum, weil ohne die richtige Auffassung und ohne den richtigen „Glauben" seine Handlungen aufhören würden, priesterliche Funktionen zu sein und für die Gläubigen jede Wirkung und jede Brauchbarkeit verlieren, ja sich in Sakrilegium verkehren müßten.

Nach dem Entwurf ist der Dienst- und ebenso der Werkvertrag, nicht minder der Auftrag, wenn eine Vergütung stattfindet, ein synallagmatisches Geschäft. Die Anwendung eines solchen Geschäftstypus auf den geistlichen Beruf und dessen Einkommen würde in der That voraussetzen, daß die priesterliche Thätigkeit grundsätzlich, nicht etwa bloß ausnahmsweise, nur Mittel des Gelderwerbs für den Priester ist, also die Leistung des letzteren in seinem Sinne nicht ihrer selbst wegen, nicht um der Gläubigen, oder um des Glaubens, oder „um Gottes willen" geschieht, sondern daß der Zweck, dem sie dient und von dessen Erreichung sie abhängig und bedingt ist, die Erlangung einer „Vergütung" ist; ferner aber auch, daß diese Sachlage den Empfängern oder Veranlassern der priesterlichen Leistungen überall genau bekannt und daß sie hiermit einverstanden, als die Gegenkontrahenten im Tauschgeschäft, die es nicht anders wissen, als daß Waaren nur um Geld zu haben sind, daß ein Lohnarbeiter nur durch Geld in Bewegung gesetzt werden kann, und die hiernach ihrerseits handeln.

Dieses gegenseitige Bedingungsverhältniß von Leistung und Gegenleistung ist es, welches bei der gewerblichen Leistung als Typus zu gelten hat und der Priesterberuf würde kraft Gesetzes als Gewerbe erklärt, wenn das Recht der Miethe oder eines andern gegenseitigen Vertrags darauf anzuwenden wäre. Daß die sich dann er-

gebende — eben dargelegte — Konstruktion des Verhältnisses von Priesterberuf und Priestereinkünften mit den in der Wirklichkeit des kirchlichen Lebens bestehenden Anschauungen nicht übereinstimmt, daß diese Konstruktion vielmehr überall als unberechtigt, ja als unsittliche Verhöhnung der Aufgaben des Priesterberufes zurückgewiesen würde, das bedarf auch für den am kirchlichen Leben unbetheiligten Beobachter desselben keines Beweises.

Wenn daher auch nach dem Entwurf Dienste jeder Art Gegenstand des Dienstvertrags sein können, die Priesterdienste sollten nicht hiezu gehören, da dies keinenfalls der „modernen Rechtsauffassung" entsprechen würde.

16. In Bezug auf den Priesterberuf ist sonach die moderne Auffassung identisch mit derjenigen des Alterthums und insbesondere des römischen Rechts. Die Alten waren der Meinung, daß für die Wissenschaft keine andere Auffassung gelten dürfe, als für den Priesterberuf. Wie steht es nun mit dem modernen Priesterthum der Wissenschaft? Nach den Motiven kann von solchem keine Rede sein. Das „bürgerliche Gesetzbuch", wenn es konform dem Entwurf bleibt, wäre übrigens nicht das erste deutsche Gesetz, in welchem der Wissenschaftsbetrieb zum Gewerbebetrieb gestempelt wird. Die Gewerbeordnung nennt unter den „Gewerbetreibenden, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen", neben Gast- und Schankwirthen, Pfandleihern, Trödlern, Auctionatoren u. A. auch „diejenigen Personen, welche sich als Aerzte bezeichnen". Wirthe und Pfandleiher bedürfen einer behördlichen Genehmigung für den Gewerbetrieb selbst, der ärztliche Gewerbebetrieb dagegen ist frei und nur die Beilegung der Bezeichnung als „Arzt" von einer Approbation abhängig (§ 29 G. O.). Daß diese Auffassung nicht auf die medizinische Praxis beschränkt war, ergiebt § 6 der Gewerbeordnung. Der Gesetzgeber hält es hier für nöthig, neben der Fischerei, neben dem „Gewerbebetrieb der Auswanderungsunternehmer und Auswanderungsagenten" u. A. auch „das Unterrichtswesen, die advokatorische und Notariatspraxis" als solche Betriebe zu nennen, auf welche die Gewerbeordnung keine Anwendung finden soll. Diese gesetzliche Bestimmung war jedenfalls zur Zeit der Emanation der Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund nicht überflüssig. Die Behauptung, daß die Advokatur Gewerbe sein müsse, weil und sofern sie nicht als Amt organisirt sei, wurde damals allen Ernstes aufgestellt, und ein so hervorragender Meister des Rechts, wie Rudolph Gneist wies die Empörung der Advokaten

hierüber als unbegründet zurück. „Gegen den Aufschrei", heißt es in seiner Schrift über „freie Advokatur" (1867)[13], „daß man kein Gewerbetreibender sein wolle, dürfte vorweg ein ernstes Wort an seiner Stelle sein. Deutsche Volksanschauung und Sitte haben die erwerbende Arbeit zu allen Zeiten höher gehalten als andere Nationen. In der industriellen Gesellschaft erscheint die erwerbende Arbeit auch mit wissenschaftlichen und technischen Kenntnissen so belebt, durchwebt und erhoben, daß das Wort „Gewerbe" heutigen Tages am wenigsten mit einem verächtlichen Nebensinn gebraucht werden sollte. Man sollte rings um sich sehen und nicht die Augen dagegen verschließen, daß Besitz, Bildung und Selbstgefühl ihre Schwerpunkte heute nicht in dem beamteten Leben haben. Ja, vielleicht ist die Voraussage nicht zu kühn, daß eine reifere Anschauung von Standesehre die Advokatur lieber als das Erste der freien Gewerbe, wie als das Letzte der juristischen Aemter ansehen wird."

Einen beredteren und treffenderen Ausdruck kann der herrschende Irrthum nicht finden, daß es sich bei dem Widerstand gegen die Qualifikation eines wissenschaftlichen Berufes als Gewerbe um die soziale Stellung der Vertreter des Berufes und nicht vielmehr um die rechte Ausübung des letzteren selbst handle. Es ist ohne Weiteres zuzugeben, daß zum Betrieb manchen Gewerbes eine mindestens ebenso hoch stehende wissenschaftliche Fachbildung erforderlich ist, als die zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft oder der praktischen Medizin verlangte. Die angewandte Naturwissenschaft steht heute im Dienste der Industrie und jeder Fortschritt der wissenschaftlichen Forschung bedeutet zugleich einen Produktionsfortschritt. Es ist auch zweifellos und es steht sogar mit dieser „Verwerthung" der Wissenschaft durch das Gewerbe im Zusammenhang, daß der große Besitz und das von Gneist betonte „Selbstgefühl" heute vielmehr im industriellen Leben zu finden sind, als bei Beamten oder Anwälten und Aerzten. Aber es handelt sich nicht darum, ob gesellschaftlich ein Anwalt oder ein Arzt vor, mit, oder hinter dem Kommerzienrath oder dem Regierungsrath rangirt, sondern um etwas ganz Anderes, das der Erwägung der gesetzgebenden Faktoren als würdiger erscheint.

Heutzutage — dies ist jedenfalls der offizielle Standpunkt der modernen Gesellschaft — ist jede Arbeit geehrt, nur nicht die unehrliche und die schlechte Arbeit. Dem Werth der gewerblichen

[13]) p. 50.

Arbeit thut es nach der heute herrschenden Auffassung keinen Eintrag, daß sie einerseits nur um Geld zur Verfügung steht, daß sie andererseits für Geld Jedermann und immer und überall in beliebiger Weise feil ist und daß der gesammte Produktionsvorgang nach Art und Zielen lediglich durch die Rücksicht darauf beherrscht wird, mit einem möglichst geringen Aufwand eigener Leistung eine möglichst große Gegenleistung zu erlangen und diese mit möglichster Sicherheit. Es thut nach dieser Auffassung dem Werth der gewerblichen Arbeit keinen Eintrag, daß sie zu solchem Zweck in beliebiger Weise feil ist, das heißt, daß sie, soweit mit dem Zweck vereinbar, den Wünschen zahlungsfähiger Interessenten unbedingt und sklavisch sich unterwirft, und nicht bloß vorhandene Wünsche nach Thunlichkeit befriedigt, sondern auch die möglichen Bedürfnisse, ja die Launen der Zukunft ausspürt und anregt, „und dies Alles nur und jedenfalls, und zwar bei Arrestvermeidung, um's Geld“ (Knapp, Rechtsphilosophie). Weil diese Zweckbestimmung der gewerblichen Arbeit deren Werth nicht beeinträchtigt, so beeinträchtigt sie, nach derselben Auffassung, auch die Ehre des gewerblichen Produzenten nicht; in dieser Beziehung ist zwischen dem kleinsten Handwerksmeister und dem größten Fürsten der Industrie kein Unterschied. Wenn der letztere jedes neue Ergebniß der Naturwissenschaft sofort in Stahl und Eisen verkörpert, so betrachtet man es als selbstverständlich und richtig, daß er dies nicht der Wissenschaft zu Liebe thut, sondern eines erhofften klingenden Verdienstes halber, und je größer der Erfolg, desto höher die Schätzung. Daß das Gewerbe um dieser seiner Eigenthümlichkeit willen, als Organisation des Egoismus, nicht mehr beschimpft ist, sondern in hoher Ehre steht, dafür gibt es einen kräftigeren Beweis, als alle staatlichen und gesellschaftlichen Auszeichnungen seiner erfolgreichen Vertreter: daß man sich allen Ernstes anschickt, die gewerbliche Berufsauffassung auf jede menschliche Arbeit zu übertragen und sie zur allgemein giltigen zu erklären. Das ist andeutungsweise in der Gewerbeordnung für das deutsche Reich geschehen, und das soll, wenn der Entwurf nicht Entwurf bleibt, wiederholt und ausdrücklich geschehen im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Und das ist's, wogegen unseres Erachtens mit aller Entschiedenheit Widerstand zu leisten ist.

17. Gewiß wäre es thöricht, zu verlangen, daß für die gewerbliche Verwerthung der Wissenschaft andere Grundsätze gelten sollten,

als für den Gewerbebetrieb überhaupt, etwa dem Chemiker oder dem Elektriker zuzumuthen, daß er als Fabrikant sich nicht ausschließlich durch seinen Vortheil leiten lasse. Aber weil heute manches Gewerbe mit wissenschaftlichen Mitteln arbeitet, um deßwillen ist weder die Wissenschaft überhaupt, noch auch die ganze Arbeit der modernen Kulturvölker zum Gewerbe geworden.

Wie das Alterthum, so anerkennt auch die Gegenwart weite Berufsgebiete, auf welchen zum Verkauf nicht produzirt werden kann, auf welchen daher die Arbeit sich nur dann normal vollzieht, wenn sie nicht von egoistischen Antrieben beherrscht wird, auf welchen daher auch nicht von merces, sondern nur von Sustentation für die Berufszwecke die Rede sein darf. Wenn es erlaubt ist, das Gewerbe eine Organisation des Egoismus zu nennen, so sind jene anderen Berufe zutreffend als Organisationen des Altruismus zu bezeichnen. Auch die altruistischen Berufe können Einkommensquellen für ihre Vertreter sein, sind dies auch vielfach, aber sie sind dies nicht mit begrifflicher Nothwendigkeit, wie die gewerblichen Berufe. Das Gewerbe ist seinem Begriffe nach Erwerbsmittel und wird vom Erwerbstrieb beherrscht. Die Art der Arbeit und der Produkte tritt hier zurück gegenüber der Bestimmung derselben, gegen Geld umgesetzt zu werden. Das Gewerbe wird betrieben, so lange es seinem Inhaber etwas erwirbt und es gilt nicht mehr als „produktiv", wenn es Nichts mehr trägt, mag auch seine technische Produktion so reich sein wie sie wolle, auch wenn sich bei etwaigem unentgeltlichem Angebot für die Produkte Millionen von Abnehmern fänden. Der gewerbliche Produzent, der etwa lediglich aus Liebe zum Beruf ohne Ertrag produziren wollte, würde als sonderbarer Schwärmer betrachtet und liefe vielleicht nach Umständen Gefahr, unter Kuratel gestellt zu werden. Soll eine gewinnlose gewerbliche Arbeit für Andere erklärlich und gerechtfertigt erscheinen, so müssen regelmäßig persönliche Beziehungen zwischen dem Produzenten und dem Empfänger seiner Leistungen obwalten, welche geeignet sind, solches anormale Verfahren zu begründen. Es bedarf auch heute noch der „amicitia", oder des persönlichen, auf Verwandtschaft z. B. beruhenden „officium" und ähnlicher Verhältnisse, um operae locari solitae auf dem ungewöhnlichen kostenlosen Mandatswege zu beziehen. Eine Berufspflicht gebietet dem Gewerbsmann niemals, umsonst zu arbeiten, weder eine moralische noch eine rechtliche. Aber es gibt ein Berufsrecht des Gewerbetreibenden als solchen,

das ein recht belehrendes Korrelat zu dem Fehlen der zuletzt erwähnten Berufspflicht bildet. Es ist ein Grundrecht des Gewerbes und ist auch im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches nicht beseitigt. Seine Formulirung bei dem römischen Juristen Paulus lautet wie folgt:

> Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris est, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est[14]).

Die vom römischen Recht diesem „Naturrecht" des invicem se circumscribere durch die Bestimmungen über laesio enormis gesetzten Schranken hat der Entwurf beseitigt, und zwar nach den Motiven (II 321), weil sie mit den „heutigen Verkehrsanschauungen" nicht übereinstimmen, ja für die Rechts- und Verkehrssicherheit gefährlich seien.

18. Vergleichen wir nun mit dieser gewerblichen Berufsauffassung, um die ganze Schärfe des Gegensatzes der altruistischen Berufe zu erkennen, die Berufsauffassung und die Berufsgewohnheiten der Advocatur. Sie ist gewiß ein „weltlicher" Beruf und hegt äußerlich am allerwenigsten die Allüren der Priesterschaft. Und doch läßt sich sofort zeigen, daß die Unvereinbarkeit der Advocatur mit den Grundsätzen des Gewerbebetriebes nicht minder groß ist, als diejenige des Priesterberufes mit diesen Grundsätzen oben erschien.

Auch im heutigen Deutschen Reich gilt es als das nobile officium des Rechtsanwalts, für das bedrohte oder verletzte Recht des zahlungsunfähigen Armen in die Schranken zu treten; und diese Berufspflicht ist nicht bloß durch die Standesmoral, sondern auch durch das Gesetz gewährleistet. Es ist eine unbestreitbare, tausendfach zu belegende Thatsache, daß die deutsche Rechtsanwaltschaft diese Pflicht nicht bloß nach dem Maß des Gesetzes erfüllt, sondern darüber hinaus, und daß sie insbesondere in der Zulassung zum Armenrecht liberaler verfährt als die gerichtlichen Vertreter des Fiskus. Gar mancher Prozeß, der für das Gericht keine Armensache ist, wird von den Anwälten für ihre Person als solche geführt; ja es giebt ganze Gattungen von Rechtsstreitigkeiten, für welche das Gesetz überhaupt kein Armenrecht durch Beiordnung von Rechtsanwälten kennt; wir nennen beispielsweise die Prozesse verunglückter Arbeiter bezüglich ihrer Versicherungsrenten nach dem Unfallversicherungsgesetz; obwohl die Fall-

[14]) l. 22 § 3, cf. l. 23 D. loc. 19. 2. cf. l. 16 § 4 D. min. 4. 4.

gruben dieses Gesetzes eine advokatorische Verbeistandung zum Bedürfnisse machen, kann sich solche hier doch wohl nur dadurch entwickeln, daß die Anwälte über die gesetzliche Verpflichtung in Bezug auf arme Clienten hinausgehen.

In der Führung jeder Rechtssache aber hat der Rechtsanwalt — nicht etwa aus persönlicher Freundschaft, Gefälligkeit oder sonstiger willkürlicher Rücksichtnahme, sondern auf Grund einer ausnahmslosen Berufspflicht — die Interessen des Clienten über die seinigen zu stellen. Er ist berufsmäßig verpflichtet, dem Clienten von der Führung auch des für ihn selbst — den Anwalt — einträglichsten Prozesses abzurathen, wenn er denselben als aussichtslos erkennt; er ist auch im Laufe eines Prozesses verpflichtet, jederzeit dasjenige zu thun, was die Interessen des Clienten fördert, ohne darauf Rücksicht nehmen zu dürfen, daß er etwa hierdurch seine eigenen Einnahmen verkürzt. Er ist mit einem Wort überall zur Uneigennützigkeit und zur Treue gegenüber dem Clienten verpflichtet, und die Erfüllung dieser Pflicht gehört zur einfachen beruflichen Rechtschaffenheit. Die Vorsicht, welche der Gewerbetreibende dem Gewerbetreibenden im Geschäftsverkehr mit Rücksicht auf den Grundsatz jura vigilantibus sunt scripta entgegenbringen muß, darf er im Verkehr mit seinem Anwalt nicht nöthig haben. Denn der Rechtsanwalt, welcher seinen eigenen Vortheil über denjenigen des Clienten setzt, der also in seinem Berufe einfach die gewöhnlichen Grundsätze des Gewerbebetriebes anwendet, handelt nicht weniger pflichtwidrig als der Gewerbetreibende, der gefälschte Waare verkauft und den Abnehmer betrügt. Der Rechtsanwalt, welcher das Gebot der beruflichen Uneigennützigkeit und Treue verletzt, betrügt und verräth in der That auch den Clienten, da er die berechtigten Erwartungen desselben täuscht, Erwartungen, die Jedermann hegen darf, wenn er seine Sache als Client einem Rechtsanwalt anvertraut. Das Vertrauen des Clienten ist nicht nur für die gedeihliche und normale Berufsübung des Rechtsanwalts unentbehrlich, es bildet auch für den Clienten die unentbehrliche Grundlage für den Verkehr mit dem Rechtsanwalt. Eben darum wird Uneigennützigkeit und Treue von dem Rechtsanwalt nicht etwa bloß durch eine besondere Standesmoral, sondern durch die allgemeine Volksmoral gefordert. Es ist daher auch durchaus keine besondere Tugendhaftigkeit, wenn der Rechtsanwalt diese Forderung erfüllt, da ohnedies seine Berufsübung aufhören würde, ehrliche Arbeit zu sein.

Die deutsche Rechtsanwaltschaft vereinigt bekanntlich eine doppelte Berufsarbeit in sich, nämlich außer der eigentlichen Fürsprecherthätigkeit des plaidirenden und Rath ertheilenden Advokaten die Funktionen der Prokuratur oder der berufsmäßigen Stellvertretung im gerichtlichen Verfahren und die hiermit zusammenhängende rechtsgeschäftliche Arbeit. Man kann darüber sehr zweifelhaft sein, ob diese Vereinigung, welche dem römischen, dem älteren und mittleren deutschen und dem gemeinen Civilprozeß ebenso unbekannt ist wie dem modernen französischen und englischen Verfahren, eine glückliche zu nennen, und ob sie nicht insbesondere das Wesen und die Wirksamkeit der Advokatur zu trüben und zu degradiren geeignet ist.[15]) Aber darüber kann kein Zweifel bestehen, daß für den Rechtsanwalt als Advokaten wie als Prokurator dieselbe Pflicht der beruflichen Uneigennützigkeit besteht. Mit Recht haben die Erkenntnisse des Ehrengerichtshofes für deutsche Rechtsanwälte in dieser Beziehung niemals einen Unterschied anerkannt. So hat der Ehrengerichtshof einen Rechtsanwalt verurtheilt,[16]) welcher den Auftrag einer armen Partei zur Einklagung einer kleinen Forderung und Erwirkung des Armenrechts für sie nur unter der Bedingung annahm, daß die Partei ihm trotz ihrer Zulassung zum Armenrecht gestatte, für jeden Fall aus den im Wege der Exekution von dem Schuldner beizutreibenden Geldbeträgen ohne Rücksicht auf deren Gesammtbetrag seine Kosten vorweg in Abzug zu bringen. Das betreffende ehrengerichtliche Erkenntniß verliert kein Wort über die civilrechtliche Gültigkeit dieser Vereinbarung. Aber es spricht aus, daß der Rechtsanwalt, indem er die Annahme des Mandates von der erwähnten Bedingung abhängig machte, zu der Unterstellung Anlaß gab, als sei es ihm da, wo er zur Wahrung der Rechte einer bedürftigen Partei bestellt wurde, in erster Linie um seine eigenen pekuniären Interessen zu thun. Und „ernsten Tadel" spricht die Entscheidung darüber aus, daß der Rechtsanwalt von dem Vertragsrecht des Vorabzuges seiner Kosten unter Umständen Gebrauch machte, unter welchen der Partei, welche das Geld sehr nöthig hatte, fast nichts übrig blieb. — In diesem Falle war reine Prokuratorenarbeit in Frage. Einen gewerblichen Vertreter fremder Interessen, einen Bankier oder den Kommissionär des deutschen Handelsgesetzbuches findet Niemand tadelnswerth, wenn er die

[15]) cfr. Prischl, Advokatur und Anwaltschaft. Berlin 1888. passim.

[16]) Entscheidungen des Ehrengerichtshofes für deutsche Rechtsanwälte III 143 ff.

ihm für Besorgung eines Auftrags erwachsenen Gebühren und baaren Auslagen von den für den Auftraggeber vereinnahmten Geldern vorweg deckt, auch wenn für den Auftraggeber dann nichts mehr übrig bleibt und auch wenn dieser das Geld viel nöthiger hat, als der Bankier oder Kommissionär. Im Gegentheil, man würde es eine persönliche Noblesse oder Mildthätigkeit erachten, wenn der letztere mit Rücksicht auf die Lage des Mandanten von Deckung Umgang nähme. Was für den Gewerbetreibenden ein freier Akt des Edelmuths, für welchen ihm besonderer Dank gebührt, das ist für den Rechtsanwalt die Erfüllung einer Berufspflicht, für deren Unterlassung ihm ein Tadel ausgesprochen wird. Der Rechtsanwaltsberuf ist eben weder als Advokatur noch als Prokuratur ein „auf den Erwerb gerichteter Gewerbebetrieb, und darf nicht in einer Weise ausgeübt werden, daß er als solcher erscheint."[17]) Nicht nur die Ziele des Gewerbes, auch die Wege desselben sind dem Rechtsanwalt nicht erlaubt; nicht erlaubt ist ihm die Werbung um Praxis, nicht erlaubt der Konkurrenzkampf, nicht erlaubt die Reklame. Mit Recht bezeichnet es der Ehrengerichtshof als „eine wenig glückliche Vertheidigung" Seitens eines angeklagten Rechtsanwalts, als derselbe geltend machte: „daß um deßwillen, weil die Ausübung der Rechtsanwaltschaft nach § 6 der Gewerbeordnung als Gewerbebetrieb aufgefaßt ist, darin nichts Anstößiges liege, wenn dieser Beruf wie ein anderes Gewerbe betrieben werde."[18]) Dies kann nach dem Ehrengerichtshof „nicht nachdrücklich genug als auf völliger Verkennung der Stellung des Rechtsanwalts beruhend gekennzeichnet werden" und als „ausgeschlossen durch die dem Rechtsanwalt durch § 28 der Rechtsanwaltsordnung auferlegten Pflichten." „Die Rechtsanwaltschaft", heißt es in einem anderen Erkenntnisse,[19]) „ist .. kein „freies Gewerbe", sondern ein staatsseitig geordneter wissenschaftlicher Beruf im Dienste des Rechts und der öffentlichen Rechtspflege." Diese Auffassung führt denn auch zu einem Verhältnisse von Pflichten und Rechten, das dem Gewerbebetrieb völlig unbekannt ist: „Die Pflichten des Rechtsanwalts gehen über die civilrechtlichen durch das Mandatsverhältniß begründeten Pflichten hinaus"; dagegen darf sich der Rechtsanwalt „der Rechte, welche civilrechtlich einem Mandatar zu-

[17]) Entscheidungen des Ehrengerichtshofes III 116; cf. I 204, 205; II 8; III 110.

[18]) Entscheidungen I 205.

[19]) Entscheidungen II 8.

stehen, nur soweit bedienen, als die Ausübung derselben nicht die Achtung gefährdet, welche sein Beruf erfordert." [20])

Indessen die Erfüllung der Pflicht, gewerbliche Grundsätze und Gewohnheiten von der Rechtsanwaltsarbeit fernzuhalten, kann nur in den Niederungen der alltäglichen Prokuratorengeschäfte genügen. Dem Rechtsanwalt als Advokaten stellt der Beruf schwerere Aufgaben, die mit der mehr negativen Tugend der Enthaltsamkeit vom Gewinnstreben allein nicht gelöst werden können. Ehre, Freiheit, Vermögen, das Leben und die Grundlagen des Lebensglücks werden seinem Schutz anheimgegeben gegen Angriffe, welche vielfach unter dem Schein des Rechts erfolgen, welche von den Organen der öffentlichen Ordnung selbst ausgehen und sich nicht bloß auf die gewaltige Macht des Staates, sondern auch auf die Vermuthung der Berechtigung stützen. Diesen Kampf hat der Rechtsanwalt nicht bloß Namens des Clienten zu führen; er muß ihn zugleich führen Namens des Rechts, zu dessen Verwirklichung er mit berufen ist und welchem er ebenfalls und in erster Linie Treue schuldet. Gerade sein Beruf als Werkzeug des Rechts verschafft dem Rechtsanwalt jene Freiheit und Unabhängigkeit, welche Prischl in seinem Buch über „Advokatur und Anwaltschaft" treffend als die oberste Lebensbedingung der Advokatur bezeichnet, ohne die der Advokat „nichts zu erreichen vermag und worauf zugleich seine höchsten Leistungen beruhen" [21]). Dieser Unabhängigkeit bedarf der Advokat zunächst gegenüber dem Clienten, in des letzteren Interesse selbst. Denn die Dienste, welche der Advokat dem Clienten leisten soll, kann ein bloßes gehorsames Sprachrohr des Clienten nicht leisten. Je objektiver der Rechtsanwalt der von ihm geführten Sache gegenüber zu treten vermag, desto größer ist die Bürgschaft für die Wirksamkeit, weil für die Wirklichkeit, der von ihm vertretenen Ueberzeugung. „Nur der wahrhaft freie Mann", sagt Prischl in dem erwähnten Werk [22]) „ist im Stande, bei der obersten staatlichen Gewalt, die das Richteramt ausübt, für die Wiederherstellung der verletzten Rechtsordnung oder für die Abwehr drohenden Unrechts mit dem rücksichtslosen Freimuth, den der Kampf ums Recht stets und überall erfordert, aufzutreten". Die Unabhängigkeit gegenüber dem Clienten bildet aber Voraussetzung und Grundlage der Unabhängigkeit des Advokaten nach oben, zu deren Wahrung er ganz be-

[20]) Entscheidungen des Ehrengerichts I 38.

[21]) l. c. p. 5.

[22]) p. 5.

sonders des Muthes und der Entschlossenheit bedarf. Denn er darf sich „durch kein Ansehen der Person, durch keine noch so große Macht, die dem Gegner seines Schützlings etwa zur Seite steht, beeinflussen und einschüchtern lassen". „Er wird gegen den Schwall der öffentlichen Meinung ebenso furchtlos ankämpfen müssen, wie gegen das Treiben mächtiger Parteien im Staate und die Gewaltmaßregeln der Großen"[23]).

Dies ist heute noch die Auffassung des advokatorischen Berufes nicht nur im deutschen Volk, sondern bei allen großen europäischen Kulturvölkern. Die dieser Auffassung entsprechenden Leistungen verlangen eine bedingungs- und rücksichtslose Hingabe an die Berufsziele, und solche kann in keiner Form des Civilrechts bedungen oder aufgetragen oder um Geld und Geldeswerth erlangt werden. So stellt die moderne Advokatur eine echte ars liberalis im antiken und römischen Sinne des Wortes dar und die Behauptung der Motive, daß dieser Begriff heute veraltet sei, erweist sich zum zweiten Mal als unrichtig. Mit welchem Rechte will nun der deutsche Gesetzgeber auf die Berufsleistungen der Rechtsanwälte die Regeln der Dienstmiethe anwenden? Den Rechtsanwalt, welcher ernstlich das Miethrecht als maßgebende Norm seinem Berufsleben zu Grunde legen würde, würde wohl der Ehrengerichtshof darüber belehren, daß er unrecht gethan und die Berufung auf das bürgerliche Gesetzbuch dürfte ihm so wenig helfen, als die Berufung auf die Gewerbeordnung. Der Gesetzgeber hat aber gewiß nicht die Aufgabe, die Berufs- und damit die Volksmoral zu korrumpiren; er sollte sich nicht unter, sondern über das Niveau der letzteren stellen; er sollte daher in dem ohnehin schweren Kampf, den die deutsche Rechtsanwaltschaft mit der Noth der Zeit und gegen die Verkehrung ihres Berufs in bloßes Gewerbe zu führen hat, ihr mit seiner Autorität zur Seite, und nicht entgegentreten. Es handelt sich in der That nicht um eine bloße Frage civilrechtlicher „Konstruktion", wenn wir dagegen Verwahrung einlegen, daß zu den „Diensten jeder Art" des § 559 Abs. 2 des Entwurfs die Rechtsanwaltsdienste gezählt werden. Dies zeigt das Schicksal der deutschen Medizin seit 1869, seit der Gewerbeordnung.

19. Die „menschenfreundliche Kunst", wie die Alten den wissenschaftlichen Beruf der Medizin nannten, war denselben selbstverständlich ars liberalis, wie wir oben gesehen haben. Wie dieser Beruf

[23]) Prischl, l. c. S. 6, 7.

vor dem Sinken zum bloßen banausen Gewerbebetrieb zu bewahren sei, das war eine Frage, welcher die größten Aerzte des Alterthums, ein Hippocrates, Galenus u. A. eigene Schriften gewidmet haben, nicht aus Standeseitelkeit, sondern um der rechten Berufsübung und der leidenden Menschheit willen, welcher mit bloßen medizinischen Geschäftsleuten nicht gedient sei. Sie empfahlen ein einziges Radikalmittel: Die Erziehung zur selbstlosen Hingabe an den Beruf und zur Humanität. Dem Arzt, der kein Handwerker sein will, ist nach dem Ausspruch des Hippocrates Uneigennützigkeit vor Allem nöthig und nach Galenus kann die Ziele der ärztlichen Wissenschaft Niemand erreichen, der sie nur als Mittel des Gelderwerbs betreibt.[24]) Alle diese Erwägungen sind von dem überlegenen Standpunkt der deutschen Gewerbeordnung aus überflüssig und gegenstandslos. Die Medizin ist nach der Gewerbeordnung eben ein Gewerbe und zwar ein freies Gewerbe. Denn wir haben bereits oben gesehen, daß die Garantien für berufliche Zuverlässigkeit, welche das Gesetz für den Geschäftsbetrieb von Wirthen, Pfandleihern, Trödlern und ähnlichen edlen Berufsarten als geboten bezeichnet, für das „Gewerbe" derjenigen Geschäftsleute, welche nur das Menschenleben zum Gegenstand ihres Betriebes machen, nicht als erforderlich gelten. Zum „Gewerbebetrieb" des Arztes ist auch derjenige gesetzlich berechtigt, der kein Arzt ist; dagegen verbietet ihm das Gesetz, bei Vermeidung einer Strafe bis zu 300 Mark sich Arzt zu heißen.

Gegen diese Bestimmungen des Deutschen Gesetzes erhob sich, als sie noch erst Entwurf waren, ein Schrei der Entrüstung in der ärztlichen Welt, der indessen ohne jede Wirkung auf den „Gesetzgeber" blieb. Man glaubte die Auflehnung der Aerzte gegen die ihrem Beruf zugedachte Segnung der Gewerbefreiheit als ein bornirtes Verharren auf dem zünftlerischen Standpunkt, ja als lächerliche Prätension und Privilegiensucht nicht beachten zu dürfen. Und während seither fast jedes Jahr eine Novelle zur Gewerbeordnung eine neue Flickarbeit an diesem Gesetz verrichtet und zwar hauptsächlich zu dem Zweck, um die Gewerbefreiheit der wirklichen der Freiheit bedürftigen Gewerbe im zünftlerischen Sinne zu korrigiren, waren bis heute alle Bemühungen der Aerzte, den Gesetzgeber zu einer angemessenen und anständigen Auffassung und Behandlung ihres Berufes zu veranlassen, vollkommen vergeblich. In der Sitzung des Preußi-

[24]) Loewenfeld a. a. O. p. 399.

schen Abgeordnetenhauses vom 14. März 1889 stellte der Vorstand des Deutschen Aerztevereins, der Abgeordnete Medizinalrath Dr. Graf-Elberfeld die Thatsache fest, daß seit zehn Jahren die einmüthige Forderung aller Aerztetage Deutschlands auf „Heraushebung des Standes aus der Gewerbeordnung" gerichtet sei. Die Aerzte wollen, so äußerte Dr. Graf ferner, die freie Konkurrenz aufrecht halten, aber in einer Weise, die des Standes würdig sei. Diejenigen müßten ausgeschlossen werden, welche die Medizin nur des Geschäftes wegen betrieben. Zu diesem Zwecke solle eine Aerzteordnung, — ebenfalls eine jährlich erneuerte Forderung der Aerztetage —, eine der Anwaltskammer analoge Organisation schaffen. — Dem Arzt, der in solcher Weise sich seines Berufes annahm, entgegenzutreten, war einem Arzt vorbehalten. Immerhin schien derselbe aber anzuerkennen, daß es sich bei der erörterten Frage nicht bloß um die Aerzte, sondern auch um das Publikum und dessen Wohl und Wehe handelt. Er meinte aber, die Laien würden genügend geschützt dadurch, daß nur wirkliche Aerzte sie unter der Bezeichnung als Aerzte behandeln dürfen und daß nur die Atteste wirklicher Aerzte gültig sind. Sie waren bisher allerdings besonders dann gültig, wenn sie die Folgen der Pfuscherbehandlung feststellten.

Daß die Herabdrückung der wissenschaftlichen Medizin zum Gewerbe weder dem ärztlichen Stand noch den Interessen des Volks genützt hat, darüber kann wohl ein Zweifel nicht bestehen. Es kann ein Zweifel daran nicht bestehen, daß die antike Auffassung der Aufgabe des Berufes auch heute noch allein angemessen ist. Die Aufgaben des ärztlichen Berufes haben sich seit Jahrtausenden nicht geändert, sofern sich die Bedürfnisse der leidenden Menschen nicht geändert haben. Wenn für irgend einen Beruf der Altruismus unbedingtes Gebot sein muß, ist es gewiß für den ärztlichen, und Alles was bezüglich der Advokatur oben gesagt wurde, hat auch für die medicinische Praxis zu gelten. Glücklicherweise steht der Gewerbeordnung zum Trotz fest, daß die Auffassung des ärztlichen Berufes als ars liberalis im Sinne der Alten auch heute noch der unter den deutschen Aerzten herrschenden Meinung entspricht. Dennoch zieht der Entwurf des Civilgesetzbuches im schneidenden Widerspruch hiermit ruhig die Konsequenzen der Gewerbeordnung, indem er in § 559 Absatz 2 unter den „Diensten jeder Art", die vermiethbar sind, nach der Erläuterung der Motive selbstverständlich auch die ärztlichen Dienste begreift. — Wir haben hiermit zum dritten Mal gesehen, mit welchem Recht

sich die Motive für die Nothwendigkeit dieser gesetzgeberischen Mißhandlung der wichtigsten Lebensberufe auf die modernen sozialen Anschauungen und die moderne Rechtsauffassung berufen.

20. Es würde an dieser Stelle zu weit führen, wenn wir die Unangemessenheit der Bestimmung des § 559 an den sämmtlichen altruistischen Berufsarten der Gegenwart darthun wollten. Nur kurze Andeutungen sollen hier die Weite des altruistischen Arbeitsgebietes ersichtlich machen und nur auf einem Punkte soll noch länger verweilt werden.

Die gewerbliche Auffassung mit ihren civilrechtlichen Konsequenzen ist vor Allem unvereinbar mit dem Berufe des die Hoheitsrechte des Staates übenden Beamten, ob er nun Namens des Kaisers oder des Volkes regiert oder Recht spricht. Die Zulassung zu solchem Dienst galt nach römischem Recht als eine Ehrung Seitens des Empfängers der Dienste, deren Uebernahme dieser letztere, das Volk oder der Kaiser nicht bezahlen, sondern nur durch Gehalt oder Naturalsustentation ermöglichen oder erleichtern konnte. Das ist auch die Auffassung, welche der moderne Deutsche Offizierstand an seinen Waffendienst anlegt, ohne vom römischen Recht etwas zu wissen. Sie dürfte auch für die militia togata Deutschlands die richtige sein. Daß die Lösung der Aufgaben des Staates kein Objekt der Dienstmiethe oder eines anderen „gegenseitigen Vertrages" ist, wird seit geraumer Zeit von hervorragenden Staatsrechtslehrern anerkannt. Beim Richter kommt besonders noch das Gebot der allseitigen Unabhängigkeit in Betracht, welches in einem Lohndienst geradezu begriffswidrig und unerfüllbar wäre. Die Erfüllung des Gemeinde- und Staatsbürgerberufes durch Uebung der hiermit verbundenen Rechte ist durch strafgesetzliche Normen vor mercenärer Beeinflussung geschützt. Die gesammte politische Thätigkeit der Einzelnen in und außerhalb der Volksvertretung muß in freier Widmung für die Verwirklichung ihrer Ziele geleistet werden, sie verträgt eine Erleichterung durch Sustentationen, sie würde aber durch „Bezahlung" völlig diskreditirt und entwerthet.

Dasselbe gilt von jeder anderen öffentlichen und privaten Thätigkeit im Dienste der Ueberzeugung. Ein nationalökonomisches Werk, das den Lohnbegriff untersucht, darf nicht um Lohn geschrieben sein, auch wenn es honorirt wird — vom Verleger nämlich. Die wissenschaftliche Literatur aller Disziplinen steht berufsmäßig in keinem anderen Dienst als demjenigen der Wissenschaft und damit

der Allgemeinheit. Wie es dem Forscher um die Erlangung der Wahrheit zu thun ist, so dem wissenschaftlichen Schriftsteller um die Ueberzeugung Anderer von der erlangten Wahrheit. Diese Thätigkeit würde ihr Ziel verfehlen, wenn sie unter die Herrschaft des Erwerbstriebes gestellt würde. Wahrheiten können auch heute nicht auf Bestellung hergestellt werden und Ueberzeugungen sind keine Handelsartikel. Sie werden dies auch nicht dadurch, daß das sie darstellende Manuskript im Gewerbebetrieb des Druckers vervielfältigt und im Gewerbebetrieb des Buchhändlers verbreitet wird. Diese mechanischen gewerblichen Hülfsaktionen, so unentbehrlich sie dem Schriftsteller sind, so bedeutend die Mittel sein mögen, deren sie bedürfen, und so wichtig wie immer die Interessen, welche sich mit ihnen verbünden, sie bleiben immer bloße Hülfsaktionen, und die Gewerbe, welche diese letzteren verrichten, können nicht beanspruchen, daß umgekehrt ihre Arbeit als die Hauptsache, ihre Berufsziele als für den Schriftsteller maßgebend, ihr Recht als die Grundlage des ganzen Verhältnisses angesehen und gesetzgeberisch behandelt werden. Es kündigt sich uns aber bereits die Gefahr an, daß diese gewerblichen Ansprüche die Billigung des deutschen Gesetzgebers finden. Denn das Verlagsrecht ist nach den Beschlüssen der Gesetzgebungskommission um deswillen nicht in den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches aufgenommen worden, weil — wie oben (I 1) erwähnt wurde — die Absicht besteht, dasselbe bei der Revision des Handelsgesetzbuches als künftigen neuen Bestandtheil des letzteren zu ordnen. Bisher bildete das Verlagsrecht einen Bestandtheil des Civilrechtes. Bisher hat gerade das Handelsgesetzbuch anerkannt, daß das Verlagsgeschäft wohl für den Buchhändler ein Handelsgeschäft sein könne, aber darum noch nicht ein solches für den Schriftsteller sei. Es ist im Gegentheil ein Kennzeichen des altruistischen Berufes des Schriftstellers, daß das Autorhonorar keinen wesentlichen Bestandtheil des Verlagsvertrages bildet. „Es giebt ganze Zweige der wissenschaftlichen Literatur, welche sich in der Lage befinden, des Honorars gänzlich entbehren zu müssen" (Ihering, Zweck im Recht). „Es kommt vor, daß der Verleger honorirt wird"[25]). Es kommt allerdings auch vor, daß der Schriftsteller nur ein Lohnarbeiter im Dienste des gewerblichen Kapitals ist. Aber gerade da, wo diese Herrschaft des Kaufmanns

[25]) Dernburg, preußisches Privatrecht II (3. Aufl.) § 210.

über den Schriftsteller am weitesten verbreitet ist, in der Tagespresse, zeigt auch die tägliche tausendfältige Erfahrung am handgreiflichsten, daß die Wahrheit nicht unverfälscht dem Handel dient. Von dem traurigen Einflusse, welchen diese Knechtschaft auf die Kunst des Schriftstellers, auf die Kunst überhaupt übt, wollen wir nicht reden, da dies eine andere Kraft als diejenige des Verfassers fordern würde.

Das Verlagsrecht gehört in der That nicht in das Handelsgesetzbuch. Nach seiner ganzen geschichtlichen Entwickelung ist dasselbe zunächst zum Schutz des Schriftstellers und Künstlers bestimmt, deren geistiges Eigenthum dadurch anerkannt und deren Arbeit gegen gewerbliche Ausbeutung und gewerblichen Mißbrauch dadurch geschützt werden soll. Das durch den Verlags**vertrag** des Autors mit dem Verleger begründete Verlagsrecht des letzteren ist immer nur ein abgeleitetes Recht, welchem außerdem die Verlagspflicht der Vervielfältigung und Veröffentlichung gegenübersteht.

Die Civilgesetzgebungskommission hat ihre Beschlüsse gefaßt, ohne die Schriftsteller zu befragen. Nunmehr, nachdem beschlußgemäß der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches vorliegt, aber ohne Verlagsrecht, kommen die Schriftsteller und reklamiren **ihr** Verlagsrecht. Sie lassen sich nicht **auf** das Handelsgesetzbuch und nicht in das Handelsgesetzbuch verweisen. Auf Grund der Beschlüsse des deutschen Schriftstellertages vom 2. September 1888 haben sie sich durch den „geschäftsführenden Ausschuß des deutschen Schriftstellerverbandes" in einer vom 24. Dezember 1888 datirten Eingabe an den Reichskanzler gewendet und erklären in derselben u. A.:

> „Ist die Feststellung des Verlagsrechtes einer späteren Revision des „Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches" vorbehalten worden, so kann dieser Vorbehalt die gerechten Wünsche und Erwartungen der deutschen Schriftsteller um so weniger befriedigen, als hierdurch die Erfüllung derselben voraussichtlich auf lange Zeit hinaus vertagt sein würde und überdies ihre Rechte und Interessen einem rechtlichen Gesichtspunkte unterstellt würden, den sie nach ihrer Ueberzeugung nicht für den richtigen und sachgemäßen anzuerkennen vermögen. Das Rechtsverhältniß zwischen Verleger und Sortimentsbuchhändler, und zwischen dem Buchhändler und dem kaufenden Publikum mag dem kaufmännischen, dem handelsrechtlichen Gesichtspunkte unterfallen, und der Artikel 272 des All-

gemeinen deutschen Handelsgesetzbuches führt denn auch die Verlagsgeschäfte, sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels, wenn sie gewerbemäßig betrieben werden, mit unter den Handelsgeschäften auf. Das Verlagsrecht dagegen, als der Inbegriff der Normen über das Rechtsverhältniß zwischen dem Verfasser und dem Verleger seiner Werke kann solchem Gesichtspunkte nicht unterstellt, also auch einer Revision des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches nicht vorbehalten werden.".

So erfreulich diese Erklärung ist, so würdigt dieselbe doch nicht die ganze Sachlage. Die händlerische Auffassung, ohne welche die Einreihung des Rechtes der Schriftsteller in das Recht der Kaufleute nicht begreiflich ist, kam nicht bloß in jenem Beschluß der Gesetzgebungskommission zum Ausdruck, sie ist auch zum Ausdruck gekommen in dem bereits vorliegenden Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches, und zwar in den Bestimmungen über den Dienst- und Werkvertrag. Nachdem der § 559 die locatio operarum auf Dienste jeder Art erstreckt hat, ist es eine selbstverständliche Konsequenz, daß unter den Werkvertrag „Werke" jeder Art fallen. Dies ist nicht bloß in den Motiven zu § 567 (II 472) anerkannt, sondern auch durch den Entwurf selbst in § 567, insbesondere aber in § 579 außer Zweifel gestellt. Der letztere Paragraph ordnet speziell denjenigen Werkvertrag, „welcher nicht die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern einen anderweiten durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg zum Gegenstande hat." Nach den Motiven (II 506) sind hierunter insbesondere „sogenannte immaterielle, wissenschaftliche und künstlerische Schöpfungen" verstanden worden. Es ist auch klar, daß die Anwendung der locatio operis auf schriftstellerische Werke mit dem Vorbehalt der Ordnung des Verlagsrechtes im Handelsgesetzbuche nicht im Widerspruch, sondern im Einklang steht. Der Verlagsvertrag wird daselbst insbesondere das Recht des Buchhändlers auf Vervielfältigung und Veröffentlichung und aus solcher ordnen. Wissenschaftliche und künstlerische, auch schriftstellerische Leistungen an Andere sind aber denkbar, ohne daß an Vervielfältigung und Veröffentlichung gedacht ist oder solche zum Vertragsgegenstande gemacht werden. Für diese Fälle kennt der Entwurf nur den Dienst- und den Werkvertrag einerseits, sowie den Auftrag andererseits. Die Anwendung dieser Bestimmungen auf wissenschaftliche und künstlerische Leistungen wäre nur dann ausgeschlossen, wenn

die vorbehaltene Ordnung des Verlagsvertrages zu einer Ordnung der wissenschaftlichen und künstlerischen, insbesondere literarischen Arbeit überhaupt erweitert würde. Davon war bisher kaum die Rede. Und wenn der vorliegende Entwurf des Dienst- und Werkvertrages Gesetz wird, dürfte auch in Zukunft nicht die Rede davon sein. In den Motiven ist der Frage nicht gedacht, ob nicht die „sogenannten immateriellen, wissenschaftlichen und künstlerischen Schöpfungen" gewisse Besonderheiten an sich tragen, wodurch sie sich von anderen „Werken" im weiteren Sinne des Wortes (§ 579) unterscheiden, ob eine Fahrt in höhere geistige Regionen genau so rechtlich behandelt werden dürfe, wie das „Werk", welches ein Fuhrmann übernimmt. Auch im Entwurfe sehen wir keine Spur einer etwaigen Erörterung hierüber. Die Motive wenigstens hätten hier einige Zweifel beschwichtigen können. Der Besteller eines Werkes hat nach § 778 des Entwurfs das Recht, jederzeit bis zur Vollendung des Werkes vom Vertrage zurückzutreten, freilich unbeschadet des Rechtes des Uebernehmers auf die „Gegenleistung nach Maßgabe des § 368 Absatz 2".[26]) Nach Maßgabe des § 368 Abs. 2 hat der Besteller das Recht, von der Gegenleistung, welche er schuldet, gewisse Abzüge zu machen, falls er von der Bestellung zurücktritt, er darf insbesondere den „Geldwerth des Erwerbes, welchen der Schuldner (hier Werkübernehmer) durch die anderweite Verwerthung seines Arbeitsvermögens gemacht oder zu machen böswillig unterlassen hat", in Abzug bringen. Wäre es nun nicht möglich, wäre es nicht vielleicht einer Eigenart der sogenannten immateriellen Schöpfungen angemessener, dem Uebernehmer derselben ein ähnliches Rücktrittsrecht zu gewähren, wie solches der Besteller eines Werkes überall und überhaupt nach dem Entwurfe besitzen soll ohne daß hierfür triftige sachliche Gründe angeführt werden können? Nach den Motiven (II. 504) ist § 766 des Entwurfes,

[26]) Vgl. hierzu Gierke in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung und Verwaltung XIII. Jahrg. I. Heft S. 237: „Ganz ungehörig ist es ferner, daß der Entwurf dem Besteller nicht nur bis zur Vollendung des Werkes ein freies Rücktrittsrecht einräumt, sondern ihm auch im Falle des willkürlichen Rücktritts nicht gleich allen anderen dasselbe Recht statuirenden Gesetzgebungen die Verbindlichkeit zu vollem Schadensersatz, sondern lediglich die Verpflichtung zu der bedungenen Gegenleistung abzüglich der vom Werkmeister ersparten Aufwendungen und der durch die freigewordene Arbeitskraft erlangten Vortheile auferlegt (§ 578). Wie schwer kann durch diese Bestimmung, welche die Motive rein doctrinär begründen (S. 503), ein junger Künstler geschädigt werden!"

welcher dem Dienstverpflichteten unter besonderen Umständen ein einseitiges Rücktrittsrecht einräumt, auf den Werkvertrag nicht anwendbar erachtet. Eine analoge Anwendung der schon bisher beim Verlagsvertrag anerkannten Grundsätze hätte zu einem andern Ergebnisse wenigstens für die immateriellen Werke geführt. Vom Standpunkt des preußischen Landrechts aus spricht Dernburg[27]) den Satz aus, es stehe dem Schriftsteller frei, vom Vertrag zurückzutreten, wenn er den Entschluß faßt, das Werk nicht herauszugeben und es sei dann dem Verleger nur der Schaden zu ersetzen, welcher ihm in Folge der von ihm getroffenen durch den Rücktritt unnütz werdenden Veranstaltungen erwuchs. Der Grundgedanke der bezüglichen Landrechtsbestimmungen über den Verlagsvertrag liegt nach Dernburg darin, „daß Niemand zur Publikation eines Werkes genöthigt werden soll, das er nicht für reif, nützlich u. s. w. hält. Erst mit der Ablieferung des ganzen Manuskriptes hört die freie Disposition des Autors über sein Geistesprodukt auf. Diese Sätze entsprechen einer tieferen Auffassung des Verhältnisses." — Es lag wohl nahe, derartige Erwägungen auf den immateriellen Werkvertrag zu übertragen. Die Berücksichtigung dieser und anderer Besonderheiten desselben hätte aber dazu führen können, überhaupt von einem immateriellen Werkvertrage abzusehen und etwas Anderes an dessen Stelle zu setzen. Das ist nun freilich nicht möglich ohne eine andere Anschauung bezüglich der modernen artes liberales, als der von den Motiven angerufenen.

21. Nach der Absicht des Entwurfes soll in den Titeln vom Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag wenn auch nicht das Recht der gesammten Arbeit, so doch dasjenige der gesellschaftlich und wirthschaftlich wichtigsten Arbeit seine privatrechtliche Ordnung finden. Es wird bekanntlich als ein hervorragendes Unterscheidungsmerkmal der modernen sogen. materiellen Produktion gegenüber derjenigen früherer Geschichtsperioden bezeichnet, daß die erstere grundsätzlich Arbeit für den Gebrauch Anderer und nicht für den eigenen Gebrauch des Produzenten sein will. Hieraus allein ergibt sich bereits die veränderte und erhöhte Bedeutung, welche in der Gegenwart den obligationenrechtlichen Formen der Arbeit für fremden Gebrauch zukommt, wobei man noch gar nicht an den Wegfall der früher mit diesen Rechtsformen konkurrirenden dinglichen Rechte auf fremde Arbeit

[27]) Preußisches Privatrecht. III. Aufl. II. B. § 210 S. 603.

zu denken braucht, wie solche im Alterthum und im Mittelalter durch dingliche Rechte an Menschen begründet waren. Hierzu kommt nun im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches die Beseitigung aller sachlichen Grenzen, welche der Anwendung des Dienst- und Werkvertrages (sowie des Auftrages) durch die Eigenart der höheren altruistischen Berufsarbeit gesetzt sind. Um so mehr muß auf den ersten Blick der geringe Umfang und die Dürftigkeit des Inhalts derjenigen Titel des Entwurfes auffallen, welche das moderne gemeine Arbeitsrecht enthalten sollen. Und einem Stimmführer der „besitzlosen Volksklassen" in Sachen des Entwurfes — als welchen Stimmführer sich neuestens Herr Dr. Anton Menger, Professor der Rechte an der Wiener Universität, dem wissenschaftlichen Publikum vorgestellt hat[28] — wird man es nicht verargen, wenn es ihn, mit einiger Uebertreibung, befremdet, „daß die Rechtssätze über den Lohnvertrag in acht, sage acht Paragraphen enthalten sind, obgleich die Existenz der großen Mehrheit der Nation auf diesen Vertrag gegründet ist." Herr Menger klärt uns nun über die Gründe, aus welchen diese und andere die besitzlosen Volksklassen interessirende Materien im Entwurf so kurz behandelt worden sind, in überraschender Weise durch folgende Enthüllung auf[29]):

„Diese auffallende Kürze beruht keineswegs auf einem Zufall. Sie kehrt in dem Entwurf überall wieder, wo es sich um Rechtsverhältnisse handelt, bei welchen die Angehörigen der besitzenden Volksklassen armen und schwachen Personen gegenüberstehen, und wo es gerade die Pflicht der Verfasser gewesen wäre, die Interessen dieser letzteren durch besonders ausführliche und genaue Gesetzesbestimmungen zu sichern ... Der Grund dieser Zurückhaltung ist leicht zu errathen. Eine klare und präzise Gesetzesbestimmung gewährt dem Schwachen bei Streitigkeiten einen mächtigen Schutz. Der Arme selbst vermag sich in solchen Fällen, obgleich eine gründliche Rechtsunkenntniß sein natürliches Erbtheil ist, doch leichter eine feste Ueberzeugung vom Dasein seines Rechtes zu verschaffen, und andererseits wird der Gegner nicht leicht geneigt sein, gegen das klare Recht Widerspruch zu erheben. Kommt es aber gleichwohl zum Rechtsstreit, so wird auch der Arme, der auf ein zweifelloses Recht hinweisen kann, willigere Organe zu dessen Durchsetzung finden.

[28]) Menger, „Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen." Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik. II. Jahrgang I. Heft S. 1 ff. Tübingen 1889. Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

[29]) Menger a. a. O. S. 40.

Diese Situation ändert sich vollständig, wenn es für einen Rechtsfall an einer klaren Gesetzesbestimmung mangelt und deshalb die analoge Rechtsanwendung nothwendig wird .... Unzählige Härten und Ungerechtigkeiten, welche der Gesetzgeber niemals wagen würde, in die Form einer Rechtsregel zu bringen, werden in solchen Fällen von dem Mächtigen im Wege der analogen Rechtsanwendung durchgesetzt. Denn immer werden sich in einem Privatrecht wie das unsere „rechtsähnliche Verhältnisse" finden, die dem Mächtigen Recht geben und, wenn dies einmal ausnahmsweise nicht der Fall sein sollte, so wird der „Geist der Rechtsordnung" willfährige Dienste leisten."

Nach Herrn Menger haben also die Verfasser des Entwurfs mit schlauer aber von Herrn Menger doch leicht errathener und an den Pranger gestellter Absicht eine künstliche Unklarheit schaffen wollen, zu dem Zwecke, daß bei künftigen Streitigkeiten zwischen Mitgliedern der besitzenden und Mitgliedern der besitzlosen Klassen die letzteren, gegen welche natürlich im Zweifel immer entschieden wird, den Kürzeren ziehen. Sie, die Verfasser des Entwurfs, haben das Civilrecht um der Civilprozesse willen geschrieben, deren Verlust sie den armen Parteien der Zukunft wünschen; oder vielmehr sie lassen das Civilrecht deswegen ungeschrieben; sie verhüllen die Leuchte des Gesetzes, damit der Arme im Dunklen sitze und der Reiche im Trüben fischen könne, unter der Beihülfe gleichgesinnter Richter, welche, wie überhaupt „die gegenwärtige Juristengeneration, fast ausnahmslos in der grausamen Schule des römischen Rechtes aufgezogen" sind[30]). Indessen bietet uns Herr Menger doch die trostreiche Annahme, daß die Verfasser des Entwurfes das Ziel ihrer verbrecherischen Umtriebe nicht erreichen werden. Denn „schon die Juristen des nächsten Menschenalters — dies läßt sich mit Sicherheit voraussetzen — werden mit socialen Ideen erfüllt sein und die Fähigkeit besitzen, an der Reform des bürgerlichen Rechtes mitzuarbeiten[31])." — Sie werden dann natürlich auch einen anderen „Geist der Rechtsordnung" citiren.

Wir erlauben uns, sehr zu bezweifeln, ob Herr Menger die Intentionen der deutschen Gesetzgebungscommission richtig aufgefaßt hat. Was insbesondere die auffällige Kürze der Dienstvertragsnormen betrifft, so glauben wir nachweisen zu können, daß dieselbe die unvermeidliche Folge nicht von Absichten der Verfasser des Entwurfes,

---

[30]) Menger a. a. O. S. 17.

[31]) Menger S. 17.

sondern von Ansichten derselben ist, welche Ansichten allerdings nicht „leicht zu errathen", aber aus der Dogmengeschichte zu erfahren sind, da sie dieser und nicht bloß den Verfassern angehören. Dies haben wir anzuerkennen, so wenig wir uns hierdurch von energischer Bekämpfung jener Ansichten abhalten lassen.

Durch § 559 des Entwurfes ist der Dienstmiethvertrag zu einer allgemeinen Rechtsform für die Arbeit zu fremdem Gebrauch geworden. Wir haben aber gesehen, daß hierdurch Berufsverhältnisse, welche die schärfsten Gegensätze darstellen, unter eine Rechtsregel gezwungen werden. Denn wir haben uns davon überzeugt, daß die Scheidewand, welche das römische Recht zwischen der liberalen und illiberalen Arbeit aufrichtete, nicht das vergängliche Werk zufälliger nationaler Beschränktheit ist, als welches sie ausgegeben wird, daß sie vielmehr dem natürlichen nach Jahrtausenden noch unveränderten Unterschied zwischen den dem Erwerbsegoismus dienenden und den altruistischen Berufen rechtlichen Halt verleiht. Die klare Erkenntniß dieses Unterschiedes war den Römern und den Alten überhaupt erleichtert durch die breite Kluft, welche die liberalen und die illiberalen Berufe auch gesellschaftlich trennte. Die moderne Jurisprudenz ist nicht in derselben Lage, wie die römische. Das Gewerbe, im Alterthum und Mittelalter zersplittert in Betrieben kleiner und mittlerer Stufe, concentrirt sich, ohne seine innerste Natur zu ändern, mehr und mehr in der Hand des großen weltbeherrschenden Industrie- und Handelscapitales, dessen gewaltige Erfolge eine Umwälzung der gesellschaftlichen Stellungen und Ansichten hervorgebracht haben und noch hervorbringen. Hand in Hand mit diesen Erfolgen der gewerblichen Praxis ging die Entwicklung einer wesentlich gewerblichen Wirthschaftstheorie, welche „die Gewinnsucht für das einzige Motiv wirthschaftlicher Gestaltung der menschlichen Gesellschaft erklärte [32])." Erst neuerdings wird in der herrschenden Nationalöconomie, welche bislang Nichts als Theorie des menschlichen Eigennutzes sein wollte, die erhebliche Bedeutung des Altruismus als wirthschaftlichen Factors mehr und mehr betont und damit eine Gedankenbrücke geschlagen nach vorwärts zu jener weltverschiedenen Lehre des Socialismus, welche die Grundzüge einer künftigen anderen Gesellschaft anticipirt, und nach rückwärts zu der nicht weniger verschiedenen kirchlichen Nationalöconomie des Mittelalters.

[32]) Schäffle, das gesellschaftliche System. II. Aufl. § 188.

Wie es möglich sei, nicht etwa bloß ein einzelnes Menschenleben, sondern ganze dauernde Berufsgattungen nach den Grundsätzen des Altruismus zu gestalten, dafür fehlte der Manchesterschule immer das Verständniß und für die breite Wirklichkeit altruistischer Organisationen das Auge. Sie konnte sich daher den antiken Gegensatz der liberalen und der illiberalen Berufsarbeit nicht anders als rein äußerlich erklären mit den geschichtlichen sozialen Unterschieden der Vertreter dieser Berufe und der antiken Abneigung gegen die bezahlte Arbeit. Damit war aber auch sofort festgestellt, daß dieser Gegensatz veraltet sei und keinerlei Anspruch auf rechtliche Conservirung besitze. Diese Anschauung ist seit einiger Zeit auch in der deutschen romanistischen Jurisprudenz überwiegend; sie ist in den verbreitetsten Pandektenlehrbüchern niedergelegt; sie kam in privatrechtlichen Gesetzeswerken zum Ausdruck, wie z. B. im Dresdener Entwurf des Rechtes der Schuldverhältnisse[33]) und nunmehr auch im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches und den Motiven hierzu. Die oft erwähnten sozialen Anschauungen, auf welche sich die Motive zu § 559 zur Begründung des vermeintlichen Fortschrittes über das römische Recht hinaus berufen, sind bei genauerer Besichtigung nichts Anderes als die moderne Manchesterlehre in Verbindung mit einer durch dieselbe beeinflußten irrthümlichen Auffassung von Verhältnissen des Alterthums.

Welche Umwandlung in den Anschauungen deutscher Romanisten die Manchestertheorie bewirkt hat, dafür bietet ein so hervorragender Lehrer des Rechts, wie Jhering ein Beispiel. In seinem berühmten „Geist des römischen Rechtes[34])“ schildert er noch die Jurisprudenz der Römer als die allgegenwärtige Erzieherin des Verkehrs, und mit der ganzen ihm eigenen Meisterschaft des Wortes legt er dar, welche Bedeutung diese Aufgabe hatte und wie die glänzende Lösung derselben durch die römischen Juristen mit ihrer altruistischen Berufsauffassung zusammenhing: „für die Charakteristik der römischen Jurisprudenz ist es, so paradox es klingt, einer der wesentlichsten Züge, daß sie sich nicht bezahlen ließ. In diesem einen, scheinbar so äußerlichen Umstand liegt unendlich viel, liegt die halbe römische Jurisprudenz. Das Honorar des Juristen, so unentbehrlich es heute ist, darf nichts desto weniger sein ärgster Feind, sein Versucher ge-

[33]) Ueber dessen Verhältniß zum Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches vgl. das Vorwort der amtlichen Ausgabe des letzteren p. V.

[34]) II. Band § 42.

nannt werden, ein Hinderniß seines vortheilhaften, eine Quelle seines unheilvollen Einflusses, ein Fluch unseres heutigen Rechtslebens. . . An das Geld knüpfen sich . . die Juristen ohne Lust und Liebe, ohne Talent und Verständniß für ihre Wissenschaft, an das Geld die gerechten und ungerechten Vorwürfe des Volks, kurz an dem Gelde klebt der Schmutz unseres Standes und die Erniedrigung unseres Berufes."

„Alles dies blieb der römischen Jurisprudenz erspart. Wer sich ihr widmete, suchte nicht in ihr das Geld, sondern sie selbst; der innere Beruf war das Motiv für die Wahl des äußeren, die falschen, unfähigen, verdrossenen Jünger blieben ihr fern. Darum aber stieß sie auch im Volk nicht auf Abneigung, Mißtrauen, Widerstand. . . . Wo der rechtliche Rath und Beistand ein Handelsartikel ist, der nur gegen Bezahlung verabreicht wird, wie dies bei uns der Fall, ökonomisirt man im Gebrauch desselben und der Jurist wird wie der Arzt häufig erst dann prüfen, wenn es zu spät ist. Anders aber, wo dieser Artikel, wie in Rom, kein Handelsartikel ... Darauf beruhte wiederum die ganze Herrschaft und Macht der alten Jurisprudenz über das Leben, ihre Aufsicht, ihre Erziehungsgewalt, ihr bildender Einfluß . . ."

So Ihering im „Geist des römischen Rechts". Ganz anders urtheilt über dieselbe Sache später Ihering in seinem „Zweck im Recht"![35]) Hier führt er die römische Unterscheidung der liberalen unentgeltlichen (richtiger entgeltsunfähigen) und der illiberalen entgeltlichen Arbeit zurück auf die „grobsinnliche Anschauungsweise" niederer Culturstufen, welche nur die körperliche Arbeit als Arbeit und daher eines Lohnes werth, anerkenne, während die geistige Arbeit als solche nicht gegolten habe, weil sie vermeintlich nicht anstrenge. Diese noch heute „beim gemeinen Mann" bestehende Auffassung habe sich in Rom zu der Schärfe zugespitzt, daß es sogar für unehrenhaft galt, sich für geistige Arbeit bezahlen zu lassen. Erst die griechischen Lehrmeister Roms hätten dies nationale Vorurtheil besiegt und ihnen gebühre das Verdienst, — „denn ein Verdienst war es" — der Kunst und Wissenschaft ihre Rechtsstellung, d. h. die Bezahlung erkämpft zu haben. Die Juristen hielten freilich für ihren Beruf an den alten Traditionen fest, so daß noch im dritten Jahrhundert der Kaiserzeit „einer derselben dem Lehrer des Rechts

[35]) 1. Band Kap. VII. 1.

den Anspruch auf das Honorar absprach".[36]) „Die Lehrer der Philosophie partizipiren an dieser zweifelhaften Auszeichnung; von ihnen heißt es: hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere, gleich als ob ein Philosoph von der Luft leben könnte." „Nur die Annahme eines freiwillig gewährten Honorars wird beiden (Juristen und Philosophen) gestattet, quaedam enim . . . honeste accipiuntur, inhoneste petuntur."[37])

Nach Jherings jüngerer Ansicht hat also Ulpian, indem er den Philosophen die Honorarklage absprach, dieselben verurtheilt „von der Luft" zu leben. Wäre dies richtig, dann würde, da man von der Luft nicht leben kann, in England und Frankreich längst kein Advocat mehr leben. Denn in England wie in Frankreich haben die Advocaten seit Jahrhunderten bereits den Verzicht auf die Honorarklage zum unverbrüchlichen Gebot der Standesmoral erhoben. „Nous avons consacré," so heißt es in einem die Grundlagen der französischen Advocatur darstellenden Werk eines französischen Advocaten, „la règle immuable de notre ancien barreau, d'après laquelle toute demande judiciaire en payement d'honoraires est interdite a l'avocat, sous peine de radiation du tableau. Cette vieille tradition constitue l'honneur de notre profession."[38]) Die avocats Frankreichs und die englischen barristers verzichten nicht aus dem Grund auf jede Honorarklage, weil sie etwa der „grobsinnlichen Anschauung niederer Kulturstufen" huldigen, daß nur körperliche Arbeit Arbeit sei und daß die geistige Bethätigung keinen Lohn verdiene, sondern umgekehrt, und gerade so wie die alten römischen Juristen, weil sie die höchste Auffassung von ihrem Berufe hegen, weil sie ihn für zu hoch halten, um mit Bezahlung aus irgend einem civilrechtlichen Gesichtspunkt vereinbar zu sein, weil sie keinen Zweifel daran bestehen lassen wollen, daß ihre Leistungen nach deren ganzer Natur keine kontraktlichen, Mieth- oder Mandatsdienste, sein können, sondern in freier Hingabe an den Beruf erfolgen müssen. Und da die französischen

[36]) „einer derselben" — Ulpian — hat eben hiermit nach dem „Geist des röm. Rechtes" einen „schönen Ausspruch" gethan, „den man als Motto über die alte Jurisprudenz schreiben könnte: civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda".

[37]) Für die Abweichungen dieses Citats und des vorigen vom Text der l. 1 § 5. D. 50. 13. ist Verf. nicht verantwortlich.

[38]) M. Mollot règles de la profession d'avocat (II. ed.) I 113, hier citirt nach Prischl, Advokatur S. 362. Ueber die englischen Advokaten (barristers) vgl. Ernst Schuster, Die bürgerliche Rechtspflege in England, Berlin 1887 p. 49.

wie die englischen Advokaten in ihrem Vaterland in höchster Ehre stehen, da aus ihrer Mitte nicht bloß die Richter, sondern auch Regenten des Staats fort und fort hervorgehen, da gerade der Glanz ihrer äußeren Stellung den Gegenstand berechtigten Neides ihrer deutschen Kollegen bildet, so ist die Annahme begründet, daß es ihnen trotz ihres idealen Berufsbetriebes auch leiblich nicht so schlecht ergeht, wie Jhering konsequenterweise befürchten mußte. Es ist dies übrigens eine Erfahrung, die schon vor 1700 Jahren etwa der römische Arzt Galenus denjenigen Berufsgenossen, welche um des Fortkommens willen den Beruf als Gewerbe betreiben zu müssen glaubten, vorhalten konnte, und eine Erfahrung, welche die Geschichte der Kunst seit langer Zeit bestätigt. Auf die Geschichte und auf die Erfahrungen der Advokatur beruft sich denn auch mit Recht ein Mann der Praxis, der Advokat Prischl, wenn er in seinem mehrerwähnten Buch an die deutschen und österreichischen Kollegen die eindringliche Bitte ergehen läßt, den Verzicht auf die Honorarklage zu wagen, und wenn er hieran nicht die Befürchtung des Hungertodes, sondern die Hoffnung eines Berufslebens knüpft, das den Zielen der Advokatur und den Bedürfnissen der Zeit entspricht.

Wir sehen, die Praxis der altruistischen Berufe will von der Manchestertheorie nichts wissen, nicht einmal in deren Heimathland; und umgekehrt scheint diese Theorie von jener Praxis nichts zu wissen. Und Theorie, die von der Praxis nichts weiß, ist es, welche aus den Motiven des bürgerlichen Gesetzbuchs zu § 559 zu uns spricht von einer angeblichen „modernen Rechtsauffassung", welcher die Unterscheidung von operae liberales und illiberales zuwiderlaufe.

Das zeigte sich denn sofort, als jene Theorie daran ging, den Dienstvertrag gesetzgeberisch und daher für die Praxis zu gestalten. Wenn wirklich heutigen Tags aller Unterschied zwischen liberaler und illiberaler Arbeit ausgelöscht ist, dann kann kein Hinderniß dagegen bestehen, daß für diese vollkommen gleichgearteten Verhältnisse auch dieselben bestimmten Rechtsnormen aufgestellt werden. Die Verfasser des Entwurfs stießen hier auf merkwürdige Schwierigkeiten. Da und dort mußten Dienstmiethregeln unaufgestellt bleiben, die man einerseits „für viele Fälle" als gerechtfertigt, ja selbstverständlich erklärte, andererseits aber als „bedenklich" wegen der nunmehrigen „Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit aller in Betracht kommenden Fälle" und weil „bei dem weiten Umfang des für den Dienstvertrag aus dem § 559 Absatz 1 Satz 2 sich ergebenden Begriffes sich ohne Gefahr

eine allgemeine Regel nicht aufstellen" lasse. (Mot. II. 457, 458, 459.) Die Verfasser des Entwurfes konnten hiernach beim Dienstvertrag nicht umhin, zu bemerken, daß sie recht verschiedene Dinge unter einen Begriff gebracht hatten. Daher mußte dieser Begriff so inhaltsleer und so arm an konkreten Merkmalen gestaltet werden, daß er in Folge der hiermit gewonnenen Weite und Allgemeinheit die schreiendsten Gegensätze umfassen und verhüllen konnte. Und daher kommt denn auch die von Herrn Menger aus unmoralischen Absichten der Verfasser des Entwurfes erklärte Dürftigkeit der Dienstvertragsregeln. Diese Enthaltsamkeit beruhte nach den Motiven nicht ganz auf freier Wahl, und es ist nur ein Räthsel, warum sie nicht ebenso auch beim Auftrag geübt wurde, obwohl die Verhältnisse hier nicht anders liegen als beim Dienstvertrage. Diese Frage wurde theilweise schon oben (I 5, 6, 7) behandelt. Wir wollen daher, um Wiederholungen zu vermeiden, hier nur an einer im Entwurf unterdrückten Grundregel der Dienstmiethe zeigen, auf welchem Wege die Uniformität der Dienstvertragsregeln für operae liberales und illiberales erreicht wurde und auf welchem diese Uniformität beim Auftrage.

Wenn irgend eine Regel bei der Dienstmiethe Anspruch auf allgemeine Geltung hat, so ist es wohl die Regel, daß der Dienst nach dem Willen des Dienstberechtigten zu geschehen hat. Besteht doch der begriffsmäßige Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag auch nach dem Entwurf und den Motiven (II 471) darin, daß der Dienstvertrag die Arbeit als solche, d. h. als lebendigen Vorgang zum Gegenstande hat, der Werkvertrag dagegen den Erfolg der Arbeit, das Erzeugniß der Dienste. Auch für das „Werk" bei der locatio operis des Entwurfes ist natürlich der Wille des Empfängers maßgebend, wie sich schon aus den Begriffen Bestellung, Billigung, Abnahme bei Werkmiethe ergiebt; aber während hier der Arbeiter seine Arbeit selbst zu dem vom Besteller gewollten Erfolg zu lenken hat und in dieser Beziehung nicht unter der Direktion des Vertragsgegners steht, ist die Leitung zum Ziele bei der Dienstmiethe Sache des Arbeitsherrn; nicht nur der Erfolg, auch der Weg zum Erfolg ist von ihm abhängig. „Die Dienstmiethe hat nur mit solchen Arbeiten zu thun, die nach Anordnung und Geheiß des Arbeitgebers geschehen".[39])

[39]) Dernburg, Pandekten (II. Aufl.) II. § 112 S. 301. Brinz, Pandekten (II. Aufl.) II. § 332 S. 762. cfr. Preußisches Landrecht I. 11 § 895. Gewerbeordnung § 121.

Nach den Motiven läßt sich in dieser Beziehung „ohne große Gefahr eine allgemeine Regel nicht aufstellen" und zwar, wie ausdrücklich anerkannt wird, wegen des § 559 Absatz 1 Satz 2. — Natürlich, es wäre ja auch zu seltsam, daß nunmehr der Advokat unter der Leitung des Clienten plädiren, der Arzt die Behandlung des Kranken nach dessen Anordnungen und Rezepten führen sollte! Und deswegen läßt man eben die Regel, die man nicht brauchen kann, fallen, ohne Rücksicht darauf, daß hiermit ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal des Dienstvertrages gegenüber dem Werkvertrag fällt. Aber die „große Gefahr", der man so beim Dienstvertrag glücklich entkommen ist, droht noch einmal in derselben Größe beim Auftragsvertrag. Für jede „gemeine" wie für jede liberale Arbeit kennt der Entwurf nicht bloß den Dienstvertrag, sondern auch der Auftragsvertrag. Für die Arbeit des Rechtsanwalts, wie für die Arbeit des Arztes (um bei den erwähnten Beispielen zu bleiben) kennt der Entwurf nur Dienstvertrag oder Auftrag, da wohl von Werkmiethe keine Rede sein kann (s. S. 895, 896). Nun ist auch beim Auftrag dieselbe oben erwähnte „Grundregel" anerkannt, wie beim Dienstvertrag, daß für die Ausführung der Arbeit der Wille des Empfängers der Arbeit maßgebend ist. Wie steht es nun mit dem Arzt, dem Advokaten, wenn sie auf Grund Auftrags thätig zu werden haben? Hier hat der Entwurf die erwähnte Gefahr nach der Art des Vogels Strauß vermieden und nimmt von derselben einfach keine Notiz. „Zweifellos" sagen die Motive zu § 590 „hat der Beauftragte sich nach den Anweisungen des Auftragsgebers zu richten" (II 535), und der § 590 selbst sagt:

> „Der Beauftragte darf bei der Ausführung des Auftrages von einer Anweisung des Auftraggebers abweichen, wenn Umstände vorliegen, welche die Annahme begründen, die Abweichung würde von dem Auftraggeber bei Kenntniß der Sachlage gebilligt werden. Der Beauftragte hat jedoch vor der Abweichung, soweit thunlich, dem Auftraggeber Anzeige zu erstatten und dessen Entschließung einzuholen."

Man denke sich nun den praktischen Arzt Dr. Medicus, das an epileptischen Krämpfen leidende Kind des Bauern Simpelhuber nach der Anleitung des § 590 des Entwurfs behandelnd! Warum wurde die Regel des § 590 überhaupt aufgenommen, möchte man fragen. Uns scheint, nur aus dem Grund, weil sie mit zu großer Bestimmtheit in den Pandekten steht, als daß man es hätte wagen wollen, sie

zu übergehen. Aber die römischen Pandektenjuristen haben sich auch gehütet, die liberale Arbeit als Gegenstand des Mandats zu erklären und der § 590 des Entwurfes dürfte dies auch für diejenigen verständlich machen, die es bisher nicht verstehen wollten oder darin nur eine längst abgethane römische Antiquität sahen.

22. Die vorstehenden Erörterungen führen uns zu dem Schluß, daß § 559 Absatz 1 Satz 2 des Entwurfes nicht bloß aus Gründen der Gesetzgebungspolitik, sondern auch aus Gründen der Gesetzgebungstechnik fallen sollte; die fragliche Bestimmung ist aber auf dem beliebten Weg des Stillschweigens auch in § 567 und insbesondere in § 585 ausgesprochen und sollte auch hier nicht geduldet werden. Nur bei solcher Beschränkung der Dienstmiethe auf die ihr gewiesenen natürlichen Grenzen dürfte es möglich sein, dieser Vertragsform die ihrer heutigen Bedeutung entsprechende Bestimmtheit und sorgfältige Ausprägung zu geben. Zur Aufstellung eines in den thatsächlichen Voraussetzungen im Wesentlichen mit dem Dienstvertrag identischen entgeltlichen Auftragsvertrages ist dann keine technische Veranlassung gegeben; noch weniger aber legen dieselbe irgend welche anerkennenswerthe Verkehrsbedürfnisse nahe. Will man aber trotzdem den dermaligen Entwurf festhalten, was für die liberale Arbeit nicht möglich scheint, so empfiehlt es sich wenigstens, dem Richter die Mühe der Entdeckung nicht vorhandener Grenzmerkmale zwischen Mandat und Dienstmiethe zu ersparen, durch Aufstellung einer gesetzlichen Vermuthung zu Gunsten des Dienstvertrages, wie solche im königlich sächsischen Gesetzbuch enthalten ist.

Seiner Bestimmung zurückgegeben, wird sich der Dienstvertrag nicht bloß in technisch-juristischer, sondern auch in socialpolitischer Beziehung, der Aufgabe des heutigen deutschen Gesetzgebers gemäß, anders gestalten lassen. Nicht mit Unrecht rügt Gierke[40]), „wie wenig hier der Entwurf sich mit den im deutschen Arbeitsrecht theils verwirklichten und theils nach Gestaltung ringenden Gedanken erfüllt". Gierke bezeichnet mit Recht die vom Entwurf bei Dienstverträgen auf unbestimmte Zeit unterschiedslos auf zwei Wochen normirte gesetzliche Kündigungsfrist (§ 563) „für zahlreiche Dienstverhältnisse höherer Ordnung" als viel zu kurz bemessen, indem er auf die richtigere Bestimmung des preußischen Landrechts verweist, welche für solche Ver-

[40]) Jahrbuch für Gesetzgebung und Volkswirthschaft von Schmoller, XIII. Jahrg. S. 235.

hältnisse eine vierteljährige Kündigungsfrist festsetzt. Es ließe sich auch auf Art. 61 des Handelsgesetzbuchs verweisen, sowie auf die meisten Dienstbotenordnungen, welche nur viertel- und halbjährige Kündigungsfristen kennen. Dem Arbeitnehmer sind aber heutzutage im Allgemeinen längere Vertragsfristen erwünschter als kurze, die ihn dem Belieben des Arbeitgebers anheimgeben. Da das Einführungsgesetz zum bürgerl. Gesetzbuch nach dem vorliegenden Entwurf (Art. 46) die Gesindeordnungen im Wesentlichen überhaupt und gerade in der hier fraglichen Richtung aufrecht erhält, so würde z. B. in Bayern ein Gutsverwalter einer vierzehntägigen Kündigung sich zu erfreuen haben, der unter ihm arbeitende Dienstbote einer halbjährigen[41]). Es wäre ferner zu erwägen nicht bloß die Aufnahme einer Fürsorgepflicht in Krankheitsfällen, deren Fehlen im Entwurf Gierke unter Hinweis auf das Schweizerische Obligationenrecht Art. 341 Abs. 2 rügt[42]), sondern auch die Frage, ob nicht die Schutzvorschriften der deutschen Gewerbeordnung, z. B. §§ 120, 124 (auch § 123), 126, 135, 136, durch Erstreckung auf den Dienstvertrag und beziehungsweise Adaptirung für diesen zum gemeinen Recht erhoben werden sollen. Auch für den Werkvertrag sind derartige Schutzvorschriften mit Rücksicht auf die entsetzlichen Verhältnisse der Hausindustrie unentbehrlich. Dagegen könnte dann der Schutz der Dienstboten durch die Dienstbotenordnungen überflüssig werden und es ließe sich der Frage näher treten, ob die Motive zu Art. 46 des Einführungsgesetzes zum Entwurf mit Recht behaupten (S. 166), daß eine Regelung des Gesinderechts durch Reichsgesetz unausführbar sei und deswegen die alten Gesindeordnungen, wie Art. 46 sagt, „unberührt" bleiben. Und es wäre doch gerade den Gesindeordnungen eine „Berührung" durch einen modernen Gesetzgeber recht nützlich. Es muß z. B. als fraglich bezeichnet werden, ob gerade im Deutschen Reich die Arbeit eines Stubenmädchens von solcher sozialer Wichtigkeit und Unentbehrlichkeit ist, daß es als geboten erscheint, ihre Vertragserfüllung den betreffenden Damen durch Polizei und Strafrichter sicher zu stellen[43]), und es muß auch als fraglich erscheinen, ob, wie die Motive sagen, wirklich kein Bedürfniß vorhanden ist, diese und derartige Reminiscenzen der Zeit der Leibeigenschaft abzuthun. Wir meinen

[41]) Vergl. L. Meixner, das Dienstbotenwesen in Bayern, S. 17 ff.

[42]) A. a. O. S. 236.

[43]) Bayer. Polizeistrafgesetzbuch Art. 106 Absatz 1 und 3.

gerade auf dem Gebiete des Gesindewesens hätte der deutsche Gesetzgeber eine recht gesunde Arbeit zu verrichten.

Solche Arbeitsgelegenheit hat der Gesetzgeber aber auch, und nicht zuletzt auf dem Gebiete der liberalen Berufe. Dem Rang dieser Berufe dürften eigene Titel im bürgerlichen Gesetzbuch wohl mindestens ebenso gut entsprechen, als dies bei den proxenetae der Fall ist, und auch die Eigenthümlichkeiten der liberalen Berufsarbeit erfordern solche besondere Beachtung und Regelung wohl ebenso gut als die Eigenthümlichkeiten der Mäklerarbeit (§ 580). Diese neuen Titel könnten übrigens verhältnißmäßig kurz ausfallen. Denn es wird sich bei dem Anlaß des großen Werkes des bürgerlichen Gesetzbuches wohl empfehlen, die Gewerbeordnung und einige andere Reichsgesetze in weiterem Umfang zu revidiren, als dies nach dem Entwurfe des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch beabsichtigt ist. Die Organisation der medizinischen Praxis z. B. — wenn hier zur Zeit von Organisation die Rede sein kann —, und diejenige der Rechtsanwaltschaft bedürfen einer Reform, die am besten durch Spezialgesetze geschieht, wie solche ja auch in Bezug auf die gewerbliche Arbeit in reicher Fülle neben dem bürgerlichen Gesetzbuch bestehen werden. Es dürfte zu erwägen sein, ob nicht eine Reinhaltung der Advokatur von bloß mechanischen besser dem Gewerbe anheimzugebenden Verrichtungen anzustreben sei im Wege der Trennung der Advokatur von der Prokuratur,[44]) wie sich solche seit Jahrhunderten in England und Frankreich bewährt und in unserem Jahrhundert noch in einer Reihe anderer Staaten eingebürgert hat, eine Trennung, wodurch auch im Deutschen Reich nur einheimisches mit Unrecht verdrängtes Recht wieder hergestellt würde. Die Trennung der Prokuratur von der Advokatur würde die letztere entlasten von Geschäften, zu deren Besorgung es keiner Rechtsgelehrten bedarf; sie würde auch die Möglichkeit zu einer weiteren Entlastung des Richteramtes von zur Aufgabe des Richters nicht gehörigen mechanischen Arbeiten bieten. Und weiter ließe sich von solcher organisatorischen Aenderung hoffen, daß sie die schwärzeste Sorge, welche zur Zeit auf der Deutschen Rechtsanwaltschaft lastet, heben würde, die Sorge dem Berufsideal im Kampf um das eigene Bedürfniß entfremdet zu werden. Die Abtrennung der Procuratur von der Advokatur würde den neuen Procuratoren

---

[44]) Vergl. zum folgenden die sehr beherzigenswerthe Darlegung von Prischl S. 147 ff., der wir uns vollständig anschließen.

außer den ihnen zuzuweisenden Procuratorengeschäften der bisherigen Rechtsanwälte eine Reihe von anderen mit dem Rechtsverkehr in Verbindung stehenden ehrenhaften und lohnenden aber gewerblichen Arbeitsarten eröffnen, welche dem Rechtsanwalt als Advokaten immer verschlossen bleiben müssen und welche bisher in mangelhafter und vielfach unsolider Weise besorgt worden sind. Wir meinen vor allem die in § 35 Absatz 3 der Gewerbeordnung erwähnten Geschäfte der Rechtsagenten, wie solche in England in musterhafter Art kaufmännisch und technisch von den Solicitors wahrgenommen werden. So würde dem Gewerbe zugeführt, was des Gewerbes ist und die Advokatur vor der Gefahr geschützt, selbst in ihrem eigenen Bereich dem Gewerbe zu verfallen. Daß diese Gefahr nicht bloß für die Advokaten, sondern für das Volk als Ganzes bedrohlich wäre, bedarf wohl für Niemanden einer Ausführung, der nicht die Nothwendigkeit einer unabhängigen Advokatur leugnet. Mit der dem wissenschaftlichen Beruf der Advokatur geziemenden Freiheit wäre es an dem Tage zu Ende, an welchem ihr mit Recht die „Gewerbefreiheit" verliehen würde, nicht minder zu Ende als an jenem Tage, an welchem sie „verstaatlicht" würde. Beides unmöglich zu machen, dazu kann uns die durch den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches veranlaßte Bewegung dienen. Diese wird dann freilich auch vor einer eingreifenden Revision der Prozeßordnungen und des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht zurückschrecken dürfen.

Ueber den Rahmen einer Begutachtung des vorliegenden Gesetzentwurfs sind wir vielleicht mit dieser Anregung organisatorischer Aenderungen hinausgegangen. Auch wissen wir keineswegs, ob unser Vorschlag sich des Beifalls der Berufsgenossen erfreuen wird. Ob aber die Organisation geändert wird oder nicht, Eines darf sich nicht ändern: die altruistische Berufsauffassung der Advokatur; die letztere muß nöthigenfalls besser sein als das Gesetz, in Zukunft wie bisher.

Die Lehre von den Zeitbestimmungen, Bedingungen und Befristungen und der Anspruchsverjährung nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (§§ 128–185).[1]

Von Dr. jur. Fritz Meyer, Rechtsanwalt zu Frankfurt a. M.

Die Vorschriften des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich über Zeitbestimmungen, Bedingungen, Befristungen und Anspruchsverjährung lassen sich unter einem allgemeinen systematischen Gesichtspunkte nicht vereinigen. Bedingungen und Befristungen pflegt man ebenso allgemein, als unrichtig mit Nebenbestimmungen der Verträge zu bezeichnen, die Anspruchsverjährung erscheint als einer der allgemeinsten Beendigungsgründe der rechtsgeschäftlichen Wirkungen. Die Zeitbestimmungen endlich bezwecken lediglich Auslegungsregeln zu geben, welche Ausdrucksweisen, die an sich mehrfacher Deutung fähig sind, eine bestimmte gesetzliche Fixirung verleihen.

[1]) Vergleiche bezüglich der Literatur Motive Bd. 1. S. 248–270, 282–287, 288–347, Gierke in Schmoller's Jahrbüchern Jahrgang 12 Bd. 4 S. 186 flg., Hölder im Archiv für civilistische Praxis Bd. 73, Lenel ebendaselbst Bd. 74 S. 213 flg., Meischeider in Becker und Fischer's Beiträge Heft 8 S. 29 flg., Fischer ebendaselbst Bd. 6 S. 64 flg., Goldschmidt, Kritische Erörterung zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches S. 73 flg., Leske, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches S. 19 flg., von Zrodlowsky, Codifikationsfragen S. 79 flg., Schilling, Aphorismen S. 57 flg., Manenti, Li conditioni Pisa 1888. Während des Druckes sind noch erschienen in den Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages die Gutachten von Bähr und Hanauseck über die Anspruchsverjährung a. a. O. Fol. 285–332.

Zeitbestimmungen. § 147 flg.

Wenden wir uns daher zunächst zu diesen Bestimmungen, welche im 6. Abschnitt des allgemeinen Theils in 7 Paragraphen (§§ 148—153 inkl.) zusammengefaßt sind. Die hier gegebenen, im wesentlichen schon durch die W. O., das H. G. B. und die R. P. G. für wichtige Verkehrsgebiete zu gemeinem Recht erhobenen und bewährten Regeln sollen nach § 147 ganz allgemein für alle in Gesetzen, gerichtlichen Verfügungen und Rechtsgeschäften enthaltenen Zeitbestimmungen maßgebend sein. Wie weit allerdings diese Bestimmung mit Bezug auf andere Gesetze reicht, läßt sich weder aus § 147 selbst, noch aus den Motiven, welche hierüber vollkommen schweigen, ersehen. Nur aus Artikel 11 des inzwischen erschienenen Entwurfs des Einführungsgesetzes, welcher den § 200 der C. P. O. mit § 147 im Einklang bringt, läßt sich vermuthen, daß die Vorschriften dieses Titels auf die in der R. P. G. vorkommenden Zeitbestimmungen Anwendung finden sollen und andererseits wird man z. B., da das Handels- und Wechselrecht vom bürgerlichen Gesetze ausgeschlossen sind, mithin dasselbe diesen Gesetzen gegenüber nicht als das jüngere, denselben derogirende angesehen werden kann, annehmen müssen, daß der § 147 hierauf keine Anwendung findet. In wieweit aber die sonst in Reichs- oder Landesgesetzen vorkommenden Zeitbestimmungen und Fristen durch den § 147 getroffen werden — das wird in jedem einzelnen Falle der richterlichen Beurtheilung unterliegen müssen, wenn nicht in den weiteren Stadien des Entwurfs derselbe eine klarere Fassung erhalten sollte.

Civilkomputation. § 148.

In Uebereinstimmung mit allen bestehenden Rechten wird von der sogenannten Civilkomputation als Regel ausgegangen, d. h. es wird nicht von Moment zu Moment, wie es der natürlichen Berechnungsweise entspricht, sondern nach vollen Kalendertagen von Mitternacht zu Mitternacht jede Frist berechnet, welche nach Tagen, Wochen, Monaten oder Jahren bestimmt ist. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber im § 148, nach Erläuterung der Motive (S. 282) als selbstverständlich vorausgesetzt, und erscheint auch trotz der Einwendungen von Hölder, selbstbezüglich der Zeitbestimmungen bei Rechtsgeschäften in keiner Weise bedenklich.

Nicht Einrechnung des Anfangstages. § 148 Abs. 1.

Im Gegensatze zum gemeinen Rechte, aber in Uebereinstimmung mit C. P. O. §§ 199, 200, soll nach § 148 bei Berechnung von

Fristen der Tag außer Ansatz bleiben, in dessen Verlauf das Ereigniß oder der Zeitpunkt fällt, nach welchem die Frist sich richtet. Dies gilt nach der Erläuterung der Motive auch für eintägige Fristen und stimmt mit dem geltenden Rechte der W. O. Art. 32, der H. G. B. Art. 328, der C. P. O. § 199 und der St. P. O. § 42 vollständig überein.

Ebenso endigt dann selbstverständlich eine nach Tagen bestimmte Frist erst mit dem Ablauf des letzten Tages. Die gegen die Nichteinrechnung des Anfangstages namentlich von Hölder dahin erhobenen Bedenken, daß es zumal bei allen, an die Erreichung eines bestimmten Alters geknüpften Rechtsfolgen geeigneter sei, das Alter mit dem Anbruche eines bestimmten Tages beginnen zu lassen, erscheint nicht völlig unbegründet. Namentlich kann es zweifelhaft erscheinen, ob nicht, da nach § 25 die Minderjährigkeit bis zum zurückgelegten 21. Lebensjahre dauert und nach § 148 Abs. 2 die Frist erst mit dem Ablauf des letzten Tages endet, die Volljährigkeit erst mit 21 Jahren und einem Tage beginnt.

Eine Ausnahme von dieser Regel der Nichteinrechnung des Anfangstages bildet der eigentlich selbstverständliche und auch nur zur Vermeidung von Mißverständnissen aufgenommene Fall des § 149 Abs. 2, daß nämlich ausdrücklich der Beginn eines Tages als Anfangspunkt einer Frist bezeichnet ist. In diesem Falle ist natürlich der Anfangstag ausnahmsweise einzurechnen (z. B. Vermiethung einer Wohnung vom 1. Januar an). In Folge dessen endet auch die Frist nicht an dem dem Anfangstage entsprechenden Wochen- oder Monatstage, sondern einen Tag vorher. Praktische Beispiele bieten sich bei der Todeserklärung § 6 Abs. 2 und bei der Pacht § 537 Abs. 2.[1])

Berechnung von Datum zu Datum bei Wochen-, Monats- und Jahresfristen. § 149 Abs. 1.

Während das römische Recht den Monat in 30 Tage auflöst, rechnet der Entwurf von Datum zu Datum, d. h. es endigt eine Frist mit dem Ende des Wochentages, der nach seiner Benennung und mit dem Ende des Monats, der nach seiner Zahl dem Anfangstage entspricht. Dies kann selbstverständlich nur von den mindestens

[1]) Durch Artikel 11 zu § 200 der C. P. O. ist diese Bestimmung im Einführungsgesetz zur Abänderung der genannten Vorschrift der C. P. O. übernommen und wird für Fristberechnung nach § 200 Abs. 1 Gerichtsferien und § 212 Abs. 3 (Wiedereinsetzung innerhalb 1 Jahr) von Bedeutung.

eine Woche dauernden Fristen gelten! — Fehlt der entsprechende Tag im Endmonate, so gilt der letzte Tag des Monats als Endfrist. Der Schalttag, der 29. Februar, gilt in jeder Beziehung als ein besonderer Tag. Die Bestimmungen des § 149 Abs. 1 erscheinen deshalb wichtig, weil die C. P. O. bezüglich der Berechnung der Jahresfristen keine Bestimmungen enthält. (Motive S. 285.)

Der anscheinend mit § 149 im Widerspruch stehende und von vielen mindestens für überflüssig erachtete § 151 erscheint nothwendig und zutreffend für Fälle, in welchem eine Summe nicht nothwendig aufeinanderfolgender Tage bezeichnet werden soll (z. B. dreimonatlicher Urlaub einer Schauspielerin, während der Dauer eines Jahres, neunmonatliches Reisen eines Reisenden ꝛc.). Die gesetzlichen Fixirungen im § 150 hätten auch für die Fristen von 14 Tagen und 8 Tagen normirt werden sollen. Die Beseitigung der veralteten Zeitbestimmmungen von Jahr und Tag (1 Jahr 6 Wochen 3 Tage) wird nur von eingefleischten Germanisten, wie Gierke, beklagt werden. [3])

Der § 148 Abs. 2 gilt ausnahmslos, während nach römischem Rechte bei Erwerb von Rechten schon der Anbruch des Tages genügt (dies coptus pro completo habetur).

Festtage, Sonntage. Motive S. 286.

Geben sonach die positiven Bestimmungen des Entwurfs über Zeitbestimmungen zu keinerlei Bedenken Anlaß, so hat die bewußte Unterlassung einer Bestimmung über die Einwirkung von Sonn- und Feiertagen auf Termine und Fristen einen lebhaften Streit umsomehr hervorgerufen, als in der W. O. § 32, H. G. B. 329 und 330, C. P. O. 200 Abs. 2 und St. P. O. § 43 Abs. 3, Sonntage und allgemeine Feiertage als den Fristablauf ausschließend mit der Wirkung anerkannt sind, daß die Frist erst mit dem Ende des nächsten Werktages abläuft. Nur für Fristen bleibt (Einführungsgesetz Art. 11) der Sonntag gemäß § 200 der C. P. O. bestehen. Wenn die Motive S. 287 sagen, daß eine allgemeine Vorschrift dieser Art „sichtlich“ zu weit gehen würde und daß die leitende Regel sein müsse, daß nur soweit der Wille der Parteien es ergiebt, Sonn- und Feiertag auf die Zeitrechnung von Einfluß sein könnten, so muß dies als durchaus unzutreffend bezeichnet werden. Die Konsequenzen dieser Auffassung sind geradezu unmögliche.

[3]) Gierke a. a. O. S. 186.

Die Miethe muß an Sonn- und Festtagen bezahlt werden, während keine öffentliche Kasse bezahlt. Der Sonntag ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 522 Umzugstag, während wahrscheinlich die Polizei den Umzug gar nicht gestattet. Börse und Handelsverkehr anerkennen den Sonntag, während das bürgerliche Recht ihn nicht heilig hält.

Diese Vorschrift ist nicht nur juristisch unzutreffend, sondern steht auch mit dem wirthschaftlichen Streben unserer Zeit nach Sonntagsruhe in krassem Widerspruche. Mag es auch schwierig sein, wie die Motive zum Gerichtsverfassungsgesetz ergeben,[4]) eine allgemeine bürgerliche Festtagsordnung für ganz Deutschland herzustellen, so wäre doch die Festtagsordnung selbst leicht der Landesgesetzgebung vorzubehalten gewesen, und wenigstens für den Sonntag unbedingt eine Vorschrift zu schaffen, welche dem geltenden Recht entsprechend bestimmt, daß am Sonntag eine Rechtshandlung gegenüber einem andern ohne dessen Zustimmung nicht gefordert und nicht mit Wirksamkeit vorgenommen werden könne.

Bedingungen und Befristungen.

Noch weniger glücklich sowohl hinsichtlich des Inhalts als der Fassung erscheint der 10. Titel des 4. Abschnitts: Bedingung und Befristung, welcher im allgemeinen die gemeinrechtliche Doktrin wiedergiebt und sich wie ein in Paragraphen gefaßtes Kapitel eines Pandekten-Lehrbuches liest.[5]) Muß es schon an sich legislatorisch überflüssig und sogar bedenklich erscheinen (Mot. 249), nach Art eines Lehrbuchs, allgemeine Grundsätze über die Bedingungen in den allgemeinen Theil aufzunehmen, statt dieselben bei den einzelnen Materien zu behandeln, so wird in diesem Abschnitte das, was die Motive vermeiden zu wollen erklären:

> Im täuschenden Sinne zu verallgemeinern, was nur für gewisse Fälle paßt (S. 250 Motive),

gerade durch den 10. Abschnitt in hohem Grade herbeigeführt. Schon die Ueberschrift: „Bedingung und Befristung" ist geeignet, nach doppelter Richtung hin irre zu leiten:

1. Während man allgemeine Normen über Bedingung und Befristung voraussetzt, ergiebt sich aus dem Gesetzbuch und den Motiven

---

[4]) Protokolle der Reichstagskommission S. 67.

[5]) Schilling a. a. O. S. 53.

S. 250, daß der 10. Titel nur rechtsgeschäftliche Bedingungen, und auch diese nur unter Lebenden, nicht aber bedingte Zuwendungen von Todeswegen umfaßt, welche unter theilweise völlig abweichenden Rechtsnormen in den §§ 1761—1765, 1946, 1956 Abs. 1 und 1962 Abs. 2 behandelt sind. Ebenso finden diese Vorschriften auf Rechtsbedingungen, d. h. solche, welche vom Gesetz unmittelbar gesetzt sind, nicht unbedingt Anwendung.[6])

2. Noch mehr aber leitet die Ueberschrift: Bedingung und Befristung bezüglich des materiellen Inhalts des 10. Titels irre.

Endzweck und Voraussetzung.

Denn während nach gemeinem Recht unter den Selbstbeschränkungen der Willenserklärungen außer Bedingungen und Befristungen auch noch der Modus (Endzweck, Auflage) bekannt waren, zu welchem seit Windscheids berühmter Schrift (von der Voraussetzung, 1850) noch diese Voraussetzung als vierte Art oder als Erweiterung des Begriffs der Auflage hinzugetreten ist, gewinnt es nach jener Ueberschrift und auch nach dem Inhalte des 10. Titels den Anschein, als ob der Entwurf der Auflage und der Voraussetzung eine allgemeine Geltung versagen. Beides ist es jedoch irrig, denn der Entwurf erkennt sowohl den Modus als auch die Voraussetzung, letztere sogar vollinhaltlich nach Windscheids Lehre an. Bei der Auflage ergiebt sich dies aus § 448 bezüglich der Schenkung und aus § 1757 bezüglich der letztwilligen Verfügungen. Schwieriger dagegen ist der Nachweis, daß auch die Voraussetzung als eine Beschränkung der Wirksamkeit der Willenserklärung anerkannt ist. Der Inhalt der Lehre der Windscheid'schen Voraussetzung ist allbekannt.

Die Voraussetzung ist eine unentwickelte Bedingung, bei welcher derjenige, der voraussetzt die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen lassen will, dagegen nicht so weit geht, die Wirkung von diesem Zustande abhängig zu machen. Verändert sich der Zustand, so ist das Bestehen der Rechtswirkung, da es dem wahren Willen widerspricht, ungerechtfertigt; daher Einwand

[6]) § 833 Abs. 2. Auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils kann die Eintragung einer Rechtsänderung im Grundbuche nur als abhängig von der Bedingung der Rechtskraft eingetragen werden. § 939 Abs. 2. Ersatzanspruch des gutgläubigen Besitzers, gesetzlich bedingt durch Herausgabe der Sache — bieten Beispiele von Rechtsbedingungen im Entwurf des bürgl. Ges. Buches.

des Dolus gegen die Klage aus der Willenserklärung und Kondiktion auf Aufhebung ihrer Folgen. Im Uebrigen kann die Voraussetzung wie die Bedingung ausdrücklich und stillschweigend erklärt und der Umstand, auf den sie sich stützt, thatsächlich und rechtlich, positiv, negativ, vergangen, gegenwärtig oder zukünftig sein. So weit die Windscheid'sche Lehre, deren völlige Unrichtigkeit nachzuweisen ich mir leider im Rahmen dieser Darlegung versagen muß.[7])

Die Motive S. 249 erklären nun:

> „Die Voraussetzung hat zur Zeit nicht diejenige Durchbildung und Anerkennung erfahren, welche es unbedenklich erscheinen läßt, gesetzgeberische Bestimmungen darauf aufzubauen. Soweit der Voraussetzung rechtliche Bedeutung zukommt, ist das Erforderliche am geeigneten Ort bestimmt, sonst hat sie, soweit sie nicht als Bedingung gilt, nur die Bedeutung eines die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht berührenden Beweggrundes."

Prüft man nun aber die von den Motiven aufgeführten Ausnahmen und läßt dabei sogar die letztwilligen Verfügungen wegen ihrer besonderen Eigenthümlichkeiten außer Betracht, so ergiebt sich, daß in der That der Voraussetzung eine ganz allgemeine Wirksamkeit beigelegt ist und also hier, wie sehr oft die Motive mit den wirklichen Vorschriften des Entwurfs im vollen Widerspruche stehen.[8]) Dies ergiebt sich namentlich aus § 684 Abs. 2, § 741 Abs. 2 und § 742, in welchen die Bedingungen der Rückforderungsklage, welche die hauptsächlichste Wirkung der vereitelten Voraussetzung nach Windscheid ist, dahin normirt werden, daß die Leistung beim Fehlschlagen der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzung zurückgefordert werden kann. Dasselbe ergiebt § 667 Abs. 2 bei der Voraussetzung als Beschränkung der Wirksamkeit von Vergleichen. Das Resultat ist also: Die Lehre von der Voraussetzung gilt allgemein und hätte also auch im Allgemeinen Theil aufgenommen werden müssen. Besser wäre es freilich, die Wirkungen der Voraussetzung völlig zu streichen, da man sonst Windscheid's Lehrbuch mit zum Gesetz erheben muß, ohne welches die Bestimmungen des Entwurfs vollkommen unverständlich sind.

---

[7]) Vergl. Leuel a. a. O. S. 213 flg.

[8]) Vergl. auch Bähr, in Verhandlungen des Juristentages S. 305, welcher geradezu verlangt, daß die Motive als wissenschaftliche Quelle abgelehnt werden.

Wie im gemeinen Rechte, kann im allgemeinen jedem Rechtsgeschäfte eine Bedingung beigefügt werden, welche auch aktiv und passiv übertragbar und vererblich ist (§ 132). **Ausnahmen** bilden außer der Kündigung und Mahnung, bei denen die Bedingung begrifflich ausgeschlossen ist, die §§ 282 (Aufrechnungserklärung), 1137 (Grundschuld), 1248 (Eheschließung), 1472 (Anerkennung der Vaterschaft) 2c. Die Auflassung (§ 870) kann nicht unter einer aufschiebenden Bedingung erklärt werden, das Rückfallsrecht (bei resolutiver Uebertragung) nach § 871 Abs. 3 nicht veräußert und belastet werden.

Aufschiebende und auflösende Bedingung. §§ 128, 129.

Die Schuleintheilung der Bedingung in suspensive und resolutive, je nachdem das Entstehen oder das Bestehen ins Ungewisse gestellt ist, hat der Entwurf, §§ 128, 129, ohne im Uebrigen eine Legaldefinition zu geben, beibehalten, wiewohl sich mit Recht dagegen einwenden läßt, daß eigentlich jede Bedingung eine aufschiebende sei, weil die Gewißheit des Rechtszustandes immer erst in der Zukunft eintritt. Praktisch würde dies nur Bedeutung haben, wenn die gemeinrechtliche, auf Thibaud zurückzuführende Lehre, von der Verschiedenheit des Wesens der aufschiebenden und auflösenden Bedingung, Aufnahme gefunden hätte. Nach dieser herrschenden Lehre ist nur die aufschiebende Bedingung einheitlich mit der Willenserklärung, die auflösende dagegen nur eine Nebenbestimmung oder ein Vorbehalt neben derselben. In Folge dessen gilt die Behauptung einer suspensiven Bedingung als Klageverneinung, die der resolutiven als Einrede. Der Entwurf verwirft diese Lehre, nicht nur implicite durch § 196, nach welchem bei jeder Bedingung den Gegner des dieselbe Behauptenden, die Beweislast des unbedingten Geschäftes trifft, sondern auch ausdrücklich durch § 139, nach welchem bei jeder widersinnigen Bedingung die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts eintritt.[9])

Diese Bestimmung schafft aber auch insofern völlig neues Recht, als sie auch ausnahmslos für letztwillige Verfügungen gilt, während in allen Gesetzgebungen nach römischem Vorbilde derartige Bedingungen bei Zuwendungen von Todeswegen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht berühren, sondern nur als nicht beigefügt gelten.

[9]) Dies würde bei der auflösenden Bedingung nicht der Fall sein, wenn sie nur Nebenbestimmung wäre.

Rückwirkende Kraft.

Die Hauptstreitfrage des gemeinen Rechts nach der rückwirkenden Kraft der Erfüllung der Bedingungen ist für aufschiebende und auflösende Bedingungen dahin entschieden, daß die Rückwirkung Dritten gegenüber niemals, unter den Betheiligten nur dann stattfindet, wenn sich dies aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als gewollt ergiebt. Klar ist dies nur in § 128 für aufschiebende Bedingungen ausgesprochen, während bei auflösender Bedingung nach § 129 man unbedingt die Rückwirkung annehmen müßte, wenn nicht sich aus § 130 und den Motiven das Gegentheil ergeben würde. Die Widerherstellung des früheren Zustandes von Rechtswegen im § 129 soll nämlich nach Motive Seite 253 die Bedeutung haben, daß der frühere Zustand für die Folgezeit wieder hergestellt wird und daß dies von Rechtswegen geschieht, soll nur die gemeinrechtliche Kontroverse entscheiden, daß nicht nur ein obligatorischer Anspruch auf Wiederherstellung entsteht.

In Folge der Ausschließung der Rückwirkung fallen daher auch die Nutzungen z. B. bei bedingt übertragenem Eigenthum, dem bedingt Verpflichteten zu.

Unabhängig von der Rückwirkung ist der Fall der §§ 346 und 347; nach welchen ein unter aufschiebender Bedingung über eine unmögliche oder vom Gesetze verbotene Leistung geschlossener Vertrag gültig wird, wenn zur Zeit der Erfüllung die Bedingung weggefallen ist.

Schwebezustand.

Die Rechtsnormen über den Schwebezustand sind vollständig gemeines Recht, den Grundsatz enthält § 132, nach welchem bedingtes Recht und bedingte Verpflichtungen grundsätzlich nach den Vorschriften über unbedingte Geschäfte beurtheilt werden. Dieser Satz enthält ebenfalls die schon oben gerügte Verallgemeinerung, denn er gilt in Wahrheit nur unter Lebenden. Bei letztwilligen Zuwendungen unter aufschiebender Bedingung (§ 1761), wird die Zuwendung unwirksam, wenn der Bedachte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt und hiervon ist nur durch § 1810 für den Nacherben eine Ausnahme geschaffen.

Rechtswirkungen während des Schwebezustandes.

Trotzdem werden aber durch den Schwebezustand besondere Rechtswirkungen hervorgerufen, die zum Theil eigenartiges neues Recht schaffen und in den §§ 133—136 normirt sind.

a) Der Schwebezustand soll innerhalb und außerhalb des Konkurses ein Recht auf Sicherheitsleistung unter denjenigen Voraussetzungen gewähren, unter welchen nach §§ 142 und 158 der Konk. Ord. für den Gemeinschuldner die Voraussetzung zur Sicherheitsleistung und nach der C. P. O. die Voraussetzungen des Arrests und der einstweiligen Verfügung vorliegen.[10])

Diese Sicherheitsleistung soll nach § 133 Absatz 3 nur dann wegfallen, wenn wegen entfernter Möglichkeit der Erfüllung, das bedingte Recht als gegenwärtiger Vermögensbestandtheil nicht anzusehen ist.

Die ganze Bestimmung erscheint total überflüssig, da die Absätze 1, 2 und 4 bereits durch die C. P. O. klar ausgesprochen sind und die unklare Bestimmung des Absatz 3 höchstens dazu beiträgt, diese klare Spezialbestimmung zu verdunkeln.

Gebundenheit des bedingt Verpflichteten während des Schwebezustandes.

b) Eine weitere Rechtswirkung des Schwebezustandes ist die, daß der Verpflichtete in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung gebunden ist, d. h. er darf einerseits nichts zur Verhinderung der Erfüllung der Bedingung thun § 136 und er darf ferner, das von der Bedingung abhängige Recht nicht vereiteln oder beeinträchtigen. Die Rechtsfolgen eines diesen Grundsätzen zuwiderlaufenden Verhaltens sind aber sehr verschieden.

Bei Verhinderung der Erfüllung der Bedingung gilt die Bedingung als erfüllt. Diese Bestimmung wird aber natürlich (Motive Seite 263) dann nicht eintreten können, wenn nach § 138 die Bedingung in einer Handlung besteht, die von der Willkür des Verpflichteten abhängt.

Wird dagegen während des Schwebezustandes nur über das von der Bedingung abhängige Recht verfügt, so ist zunächst zwischen thatsächlichen und rechtlichen Dispositionen des Verpflichteten zu unterscheiden.

Daß der Verpflichtete während der Schwebe thatsächlich nicht disponiren, z. B. die bedingt übertragene Sache nicht beschädigen oder zerstören darf und daß bei Zuwiderhandlung Schadensersatzpflicht entsteht, ist klar und gilt unstreitig nach gemeinem Rechte.

[10]) §§ 796, 814—822 C. P. O.

Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt soll nach § 134 durch das unbedingte Rechtsgeschäft bestimmt werden.

Handelt es sich aber um rechtliche Dispositionen des Verpflichteten, so ist zu unterscheiden zwischen bedingt obligatorischen Rechtsgeschäften (§ 134) und bedingten Uebertragungen von Sachen und Rechten (§ 135). Nur bei den Letzteren wird die Verfügung des Verpflichteten während der Schwebe, soweit sie die bei der Erfüllung der Bedingung eintretenden Wirkungen vereitelt, unwirksam; während bei Verfügungen des Schuldners in obligatorischen Rechtsverhältnissen, die Verfügung selbst gültig bleibt und nur Verpflichtung zum Schadensersatz eintritt.

Hat zum Beispiel der Eigenthümer einer beweglichen Sache das Eigenthum bedingt übertragen und überträgt es, wenn er zufällig in die Inhabung gelangt, nochmals, so ist die zweite Uebertragung mit Eintritt der Bedingung unwirksam. Hat dagegen Jemand eine bedingt vermiethete Wohnung nochmals vermiethet, so ist der zweite Miethsvertrag gültig, auch wenn die Bedingung eintritt und es entsteht nur Schadensersatzpflicht. Alles dieses ist also nur Wiedergabe des gemeinen Rechtes, aber in einer so doktrinären und schwerverständlichen Form, daß man nur an der Hand der Motive den gesetzgeberischen Gedanken herausfinden kann.

Zum Schutze Dritter sind gegenüber dem weitgehenden Rechte des § 135 am Schlusse ebenso wie im § 107 die Vorschriften zu Gunsten derjenigen für anwendbar erklärt, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.[11])

Verschiedene Arten der Bedingungen.

Während der Entwurf die nothwendige und unmögliche Bedingung und ebenso die unerlaubte Bedingung mit Stillschweigen übergeht, weil deren Rechtswirkung (bei aufschiebender Bedingung Unwirksamkeit, bei auflösender unbedingte Geltung) klar ist, hat derselbe eine Reihe anderer Bedingungen behandelt, die nicht unerwähnt gelassen werden können, nämlich:

1. unverständliche und widersinnige, § 139,
2. uneigentliche, § 137,
3. willkürliche, § 138,
4. Rechtsbedingung, § 140.

[11]) Vergl. Mot. S. 213.

Zu 1. Daß diese das Rechtsgeschäft und auch die Verfügung von Todeswegen nichtig macht, ist bereits erwähnt.

Zu 2. Wird die Bedingung auf ein vergangenes oder gegenwärtiges Ereigniß gestellt, so tritt kein Schwebezustand ein, die Wirkung ist bereits entschieden, anders wenn die Kontrahenten von dem Eintritt der Bedingung nichts wissen, dann sollen die Vorschriften des § 133 Anwendung finden. Eine Besonderheit für das Erbrecht enthalten §§ 1762, 1946, 1956, 1962. Kann einem Rechtsgeschäfte eine eigentliche Bedingung nicht zugefügt werden, so soll die Beifügung einer uneigentlichen auch nicht zulässig sein. § 137 Absatz 3.[12])

Zu 3. Der § 138 erklärt diese Bedingung für zulässig. (Beispiel § 421 Leistung einer Konventionalstrafe unter der Bedingung nicht rechtzeitiger Erfüllung.) Ist dagegen die Erfüllung nicht von einer Handlung, sondern blos vom Wollen des Verpflichteten abhängig, so beeinträchtigt dies bei auflösender Bedingung das Rechtsgeschäft nicht, bei aufschiebender Bedingung macht es dasselbe unwirksam. § 138.

Zu 4. Die Rechtsbedingung erklärt der Entwurf für bedeutungslos, eine Vorschrift, die als vollkommen überflüssig bezeichnet werden kann.

Befristungen.

Die letzten drei Paragraphen des Abschnitts, 141—143, handeln von der Befristung oder wie es sehr unrichtig im Entwurfe lautet, von dem einem Rechtsgeschäfte als Anfangs- oder Endtermin „beigefügten" Zeitpunkt. Auch hierbei sind nur Rechtsgeschäfte unter Lebenden berücksichtigt. Die betagte Erbeseinsetzung §§ 1804, 1771 Absatz 2 folgt besonderen Grundsätzen. § 143 enthält die überflüssige Bestimmung, daß der dies incertus an als Bedingung zu behandeln sei. § 142 bestimmt, daß die rechtliche Wirkung mit dem Endtermin aufhört und erklärt für den Schwebezustand, die für die auflösenden Bedingungen gegebenen Vorschriften der §§ 132, 133, für anwendbar. Auch hier wird also der frühere Zustand kraft Gesetzes wieder hergestellt; so namentlich bei im Grundbuche unter einem Endtermin übertragenen Rechten, auf welche § 343 Anwendung findet.

Im § 142 entscheidet der Entwurf die reine rechtswissenschaftliche Frage, ob die rechtliche Wirkung des Geschäfts schon vor dem Anfangs-

[12]) Motive S. 264. Daß auch diese Bestimmung vollständig überflüssig ist, führt Goldschmidt a. a. O. S. 73 zutreffend aus. Vergl. auch Meischeider S. 29 flg. und Schilling S. 53.

termine beginne und nur die Geltendmachung hinausgeschoben sei, im bejahenden Sinn und stellt demgemäß den unter einem Anfangstermin Berechtigten, dem unter aufschiebender Bedingung Berechtigten vollkommen gleich.[13])

Ueberblickt man die Gesammtheit der hier geschilderten Bestimmungen über Bedingung und Befristung, so wird man nicht umhin können, den weitaus größten Theil derselben als für ein Gesetzbuch total überflüssig und lediglich doktrinärer Natur zu erklären. Dies gilt namentlich von den §§ 136, 137 und 140, von welchem 137 schon durch die Bestimmung über rechtsähnliche Verhältnisse (§ 1) gedeckt ist. Die einzig wirklich legislatorische Bestimmung, der Ausschluß der Rückwirkung bei der Erfüllung, erscheint außerdem noch recht bedenklich, da mindestens bei der resolutiven Bedingung die Absicht der Parteien in der Regel auf die Rückwirkung gerichtet sein wird.

Anspruchsverjährung.

Der letzte Theil meiner Aufgabe, zu welchem ich nunmehr übergehe, betrifft die Anspruchsverjährung, welche in dem VII. Abschnitt §§ 153—185 in einer höchst ausführlichen aber auch von der Kritik in hohem Grade angefochtenen Weise behandelt ist. Bezüglich keines Abschnittes des ganzen Entwurfs ist der Vorwurf, oder da dies nicht allgemein als solcher anerkannt wird, die Bezeichnung mehr gerechtfertigt, daß derselbe nur ein in Paragraphen gefaßter Abschnitt aus Windscheids Pandekten sei, als bezüglich dieses Abschnittes, über welchen Theoretiker wie die Praktiker — und ihre Zahl ist bereits Legion — die herbsten und abfälligsten Kritiken geübt haben. Nur Dr. Lehmann in seiner kurzen Kritik (Gutachten aus dem Anwaltstande Band II) ist mit Allem einverstanden und es ist fast erfreulich, unter so vielen Unzufriedenen einmal einem zufriedenen Gemüth zu begegnen.

Zum Verständniß der Lehre ist es erforderlich, wenigstens mit einem Blicke die allgemeine Verjährungstheorie des Entwurfes zu streifen. Der Entwurf kennt im Gegensatz zum römischen Recht weder den allgemeinen Verjährungsbegriff, noch kennt er eine Ersitzung an Immobilien und dinglichen oder zu dauernder Ausübung geeigneten Rechten. Er kennt kein Erlöschen von Rechten durch

[13]) Hölder, vergl. a. a. O. S. 29, welcher die getroffene Entscheidung dieser gemeinrechtlichen Kontroverse für unrichtig hält; dagegen Motive S. 269.

Nichtgebrauch und verwirft sowohl die außerordentliche Verjährung (§ 881 Abs. 2) als die Unvordenklichkeit als neuen Entstehungsgrund von Rechten.

Es bleiben also nur übrig Mobiliarersitzung und Anspruchsverjährung.

Um diese letztere zu verstehen, muß man sich zunächst den Begriff des Anspruchs klar machen, welcher sich wie ein rother Faden durch das ganze Gesetz zieht und somit — man darf sagen leider — ein Hauptpfeiler des ganzen Rechtsbaues des Entwurfes geworden ist.[14])

Nach § 154 versteht man unter Anspruch das Recht einer Person, von einer anderen eine Leistung zu verlangen und zwar kann diese Leistung sowohl eine vermögensrechtliche als eine andere sein und sowohl in einer Handlung als auch in einer Unterlassung bestehen. Der Anspruch unterscheidet sich also wesentlich von demjenigen Begriffe, welcher uns Praktikern z. B. aus der Civilprozeßordnung bekannt ist. Der einer Feststellungsklage nach § 231 und § 293 zu Grunde liegende Anspruch ist kein Anspruch nach dem Entwurf, weil er keine Leistung zum Gegenstand hat. (Mot. S. 291.) Ebenso sind Einreden keine Ansprüche, und unterliegen deshalb an sich nicht der Verjährung. Der Anspruch ist weder identisch mit Recht noch mit Klage, er ist mehr als Klage und weniger als Recht. Die Klage erwächst erst aus dem Anspruch und das Recht geht über denselben hinaus. Es giebt sowohl Klagen ohne Ansprüche als Ansprüche ohne Klagen. Es giebt Rechte ohne Ansprüche und wie § 877 Spiel und Wette zeigen, auch Ansprüche ohne Rechte.[15]) Andrerseits erschöpft sich doch wieder das obligatorische Recht im Anspruch, während das dingliche Recht ohne denselben und neben demselben besteht.

Kurz der Anspruch des Entwurfs ist nichts weiter, als eine Uebersetzung des römischen Begriffs actio, den man auf diesen Namen umgestempelt hat und der überall da vorkommt, wo im gleichen Fall im römischen Recht von actio die Rede sein würde. Dies läßt sich durch

[14]) Die im Texte vorgetragenen Rechtsanschauungen werden neuerdings vollkommen getheilt von Bähr und Hanauseck in den erst während des Drucks erschienenen Verhandlungen des 20. Juristentages S. 285 flg. und S. 306 flg. Während Bähr auf die Bezeichnungen Klageverjährung statt Anspruchsverjährung kein Gewicht legt, tritt Fischer a. a. O. S. 64 flg. mit Entschiedenheit dafür ein, den unklaren Begriff des Anspruchs durch Forderung zu ersetzen. Dem kann ich nur vollständig beistimmen.

[15]) Vergl. hierüber Gierke a. a. O. S. 186.

den ganzen Entwurf verfolgen.[16]) Dieser Anspruch und nur dieser Anspruch ist es, welcher durch die Verjährung getroffen werden soll. Der Entwurf begnügt sich nicht mit einer Klageverjährung und entschließt sich nicht zu einer Rechtsverjährung, vielmehr will er mehr geben, als Klageverjährung, nämlich Aufhebung des Anspruchs und weniger als Erlöschen des Rechts, so daß also das Recht und namentlich das dingliche Recht auch nach Ablauf der Anspruchsverjährung bestehen bleibt und erst, soweit eine Ersitzung möglich ist, durch diese beendet wird. Die Konsequenzen dieses Systems kann man am Besten beurtheilen, wenn man schon hier auf die Wirkung der vollendeten Anspruchsverjährung eingeht, welche nach § 182 lediglich in einer materiellen Einrede besteht, welche zwar nicht von Amtswegen zu prüfen und auf welche gültig verzichtet werden kann, durch welche aber die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird (§ 182 Mot. S. 341.) Der Anspruch wird also zerstört; die verjährte Forderung ist auch zur Aufrechnung nicht verwendbar und zwar selbst nicht gegenüber einer vor ihrer Verjährung entstandenen Gegenforderung (Mot. S. 343).

Mit Recht ist gegen dieses gekünstelte System eingewendet worden, daß dasselbe zu den größten Unklarheiten führen müsse. Gerade hier, sagt Schilling, war es unberechtigt, den Zusammenhang mit dem Rechte früherer Zeit zu durchbrechen und statt Ausdrücken: wie Klageverjährung und Rechtsverjährung, welche überall wie Weltmünzen koursiren, den unklaren Begriff des Anspruchs zu setzen, der bestritten, in dem Civilprozeß anders als hier aufzufassen und z. B. im § 184 wieder so vollkommen identisch mit Forderung ist, daß kein

[16]) Vergl. Gierke a. a. O. S. 186 flg. Um nur einige Beispiele anzuführen, erwähne ich § 929 flg. (Eigenthumsanspruch), rei vindicatio, §§ 943—955, Anspruch auf Wiederaufhebung der Beeinträchtigung (actio negatoria), § 945 (actio Publiciana), §§ 2080—2091 Erbschaftsanspruch (hereditatis petitio), § 1867 Vermächtnißanspruch, § 964 Ansprüche der Erbbauberechtigten, §§ 978, 1017 und 1048 (Ansprüche aus Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (actio confessoria), Anspruch aus Reallasten 1055, Hypotheken 1075, 1084 und 1089 (actio hypothecaria), Grundschuldanspruch 1139—1141, Faustpfandrecht § 1155, Anspruch aus Entziehung und Störung des Besitzes § 819—821 (Interdictum), endlich die Ansprüche auf Rückgewährung durch Kondiktion §§ 737, 739 und 746 u. s. w.). Man ersieht daraus zugleich, mit welchen Schwierigkeiten es verknüpft wäre, den Begriff des Anspruchs aus dem Systeme des Entwurfs zu beseitigen und durch die klaren und herkömmlichen Begriffe der Forderung oder des Rechts, welche sich keineswegs überall mit Anspruch deckt, zu ersetzen

Jurist ohne Kommentar den Unterschied verstehen kann. Die Abgrenzung der Anspruchsverjährung gegen Klage- und Einredeverjährung ist daher eine durchaus unvollkommene und so ungenügende, daß die Motive selbst anführen müssen, es solle für nicht ausdrücklich entschiedene Fälle der viel berufene Geist dieses Abschnittes zur Anwendung kommen. (Mot. S. 397.)

Entweder Klageverjährung oder Rechtsverjährung, Fleisch oder Fisch, aber kein Mittelding, das wäre der richtige legislatorische Standpunkt gewesen. —

Durch diese Bestimmung der Wirkung als einer den Anspruch zerstörenden Einrede will der Entwurf sich nicht nur sachlich im Sinne der sogenannten stärkeren Wirkung ausgesprochen, und die Nichtberücksichtigung von Amtswegen, sowie die Zulässigkeit des Verzichts dargelegt, sondern vor allen gegenüber der gemeinrechtlichen Controverse, ob durch die Verjährung

> die Forderung erlischt (Vangerow) oder nur das Mittel zur zwangsweisen Befriedigung genommen wird (Dernburg) oder die Forderung zwar aufgehoben aber nicht vernichtet wird (Windscheid)

im Sinne des letzteren entscheiden. Wie das dingliche und das persönliche Recht trotzdem fortbestehen, zeigt sich:

1. Wenn der Einwand der Verjährung nicht geltend gemacht oder auf ihn verzichtet wird, bleibt das Recht unberührt;
2. das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann selbst dann, wenn es in Unkenntniß der Verjährung geschah, nicht zurückgefordert werden. § 182² (worin eine Durchbrechung des allgemeinen Grundsatzes des § 737 Absatz 2 enthalten ist);[17]
3. die Rückforderung, zur Sicherung eines Anspruchs übertragener Rechte auf Grund der Verjährung findet nicht statt (§ 183³);
4. die Verjährung des pfandgesicherten Anspruchs hindert nicht die Befriedigung aus dem Pfande.

---

[17]) Diesem Satz zu 2 entspricht auch § 683 und 684, nach welchem die Erfüllung eines schriftlichen Anerkenntnisses ohne Verpflichtungsgrund, nur wegen grundloser Bereicherung versagt werden kann und nach § 182² eine solche in der Erfüllung eines verjährten Anspruches nicht liegt.

Darnach ergiebt sich, daß die Angabe der Motive,[18]) daß die Verjährung die stärkere zerstörende Wirkung habe sowohl bezüglich des dinglichen wie des persönlichen Rechtes, unrichtig ist.

Namentlich muß das Fortbestehen des dinglichen Rechtes ohne einen dinglichen Anspruch, welches Motive S. 283 selbst als Uebelstand anerkennen, zu den bedenklichsten Konsequenzen führen.

Mit Recht hat die Mehrzahl der Kritiker, vor allem Gierke und Hölder, aber auch von den Praktikern Meischeider, Schilling, und vor allem der österreichische Jurist von Zrodlowsky (Codifikationsfragen) dieses geradezu unmögliche System der Anspruchsverjährung und ihrer Wirkungen auf das Heftigste angegriffen. Wie unklar der Begriff des Anspruchs in seiner Abgrenzung gegen Klage, Forderung, Recht, und der Begriff der Anspruchsverjährung gegenüber Klageverjährung, Rechtsverjährung und Einredeverjährung ist, ergiebt sich am besten daraus, daß der Begriff des Anspruchs nach der C. P. O. und nach dem Entwurf durchaus verschieden ist, und daß andererseits z. B. im § 184 der Begriff des Anspruchs und der Forderung total identisch sind und die angeblich vom Entwurf beabsichtigten Unterschiede erst durch die Erklärung der Motive herausgefunden werden müssen. Um Einredeverjährung und Anspruchsverjährung zu unterscheiden, müssen die Motive S. 292 die Fälle der wirklichen Einreden, welche nicht verjähren, aufzählen und dabei bemerken, daß z. B. der Einwand des Betrugs im Gegensatz zum römischen Recht keine selbstständige Einrede ist. —[19])

Entweder hätte der Entwurf sich mit einer bloßen Klageverjährung begnügen oder aber eine vollständige Rechtsverjährung einführen müssen, nach deren Ablauf das dingliche wie das persönliche Recht, und nicht nur der Anspruch untergeht.

Für das dingliche Recht wäre dies umso unbedenklicher gewesen, als man hiermit nur die Verjährung zu einer Art außerordentlicher Ersitzung, jedoch ohne das Erforderniß der bona fides gestaltet hätte.

Begriff, Gegenstand der Verjährung.

Der Anspruchsverjährung unterliegen alle Ansprüche, mögen sie vermögensrechtlicher Natur sein oder nicht. Ausgeschlossen davon

[18]) Vergleiche Motive Seite 342.

[19]) Vergleiche hierüber Bähr a. a. O. S. 300 folgende, welcher mit Recht hervorhebt, daß die Erklärung der Motive, nach welcher die Einrede des Dolus keine wirkliche Einrede sei, zu den ungerechtesten Konsequenzen führen muß.

sind nur einzelne familienrechtliche Ansprüche, z. B. der Anspruch auf Aufhebung eines Verlöbnisses (1228—1230).

Der Anspruch auf Zurückgabe der Geschenke nach erfolgter Scheidung, 1453 rc., und endlich die Ansprüche betreffend den Status eines Menschen.

Die meisten dieser Ansprüche sind zudem bestimmten Ausschlußfristen unterstellt. Mot. S. 294.

Beginn der Verjährungen.

Die Streitfragen des gemeinen Rechts über den Beginn der Verjährung hat der Entwurf § 158 Abs. 1 entschieden. Die ältere Theorie (Puchta und Savigny) verlangten für den Beginn eine Rechtsverletzung, nach Vangerow beginnt die Verjährung, sobald die Verbindlichkeit so begründet ist, daß die Klage erhoben werden kann.

Der Entwurf schließt sich der auf Unterholzner zurückzuführenden Theorie an, nach welcher die Fälligkeit des Anspruchs entscheidend sein soll. Die Verjährung beginnt dann, wenn die Befriedigung des Anspruchs verlangt werden kann, für bedingte und betagte Ansprüche also erst mit Eintritt der Bedingung oder Frist, bei stipulirter Kündigungsfrist erst mit dem Ablauf derselben. Hängt die Entstehung eines Anspruchs lediglich von dem Willen des Berechtigten ab, und beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt, wo der Anspruch zur Entstehung gebracht werden konnte. § 158 Abs. 3.

Es kann also danach ein Anspruch verjähren, bevor er entstanden ist oder ohne daß er überhaupt entsteht.

Die Verjährung nimmt dem Anspruche die Möglichkeit zu entstehen. Einschränkung des Grundsatzes enthält der § 158 zu 4 und 5.

Frist.

Der Entwurf hält § 155 an der gemeinrechtlichen 30jährigen Verjährungsfrist fest, neben welche in § 156 fünfzehn Fälle der kürzeren zweijährigen Verjährung in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem Preuß. Gesetz vom 31. März 1838, mit welchem das Gesetz vom 13. Mai 1869 für Frankfurt a. M. übereinstimmt und im § 157 die vierjährige Verjährung für die Rückstände wiederkehrender Leistungen

eingeführt werden.[20]) Man hat, wie ich glaube, mit Unrecht getadelt, daß nicht eine einzige kürzere Verjährungsfrist und eine geringere Kasuistik gewählt worden ist.[21])

Mit Recht dagegen scheint der Tadel erhoben zu sein, daß die zweijährige Frist in vielen Fällen, (namentlich Nr. 12) und auch die vierjährige für periodische Leistungen, in welchem die Leistungsperiode mehr als ein Jahr beträgt, zu kurz ist.[22]) Höchst unklar ist das Verhältniß der Verjährung einzelner Leistungen zu der Verjährung des Hauptanspruchs in den §§ 160 und 184 geregelt.

Nach § 160 beginnt bei den „nicht von einem Hauptrecht abhängigen Leistungen die Verjährung im Ganzen mit dem Zeitpunkte, in welchem die Verjährung des Anspruchs auf eine Leistung begonnen hat.“

Hierbei ist zu unterstellen, daß die Verjährung des Hauptanspruchs (z. B. eine lebenslängliche Rente) abgesehen von diesem Beginne der Verjährung in der ordentlichen Verjährungsfrist also in 30 Jahren, die der Einzelleistung in 4 Jahren abläuft. Nur sollen nach § 184 Absatz 2 mit der Verjährung des Hauptanspruches auch alle rückständigen Einzelansprüche, selbst vor Ablauf der 4 Jahre verjährt sein.

Bei, von einem Hauptrechte abhängigen wiederkehrenden Leistungen, (Zinsen) wird dies nach Mot. S. 311 nicht anerkannt, so daß also die Verjährung von Kapital und einzelner Zinsforderung unabhängig nebeneinander laufen, nur daß nach 184[1] kein einzelner Zinsanspruch die Hauptforderung überdauern kann.

Unterschied also, zwischen Renten und Zinsen, ist daß Zinsen nur mit der Hauptforderung, Renten selbstständig verjähren und umgekehrt, der Beginn der Verjährung für die Gesammtrente von dem

[20]) Die Wandlungsklage und Minderungsklage bezüglich Mobilien verjährt in 6 Monaten; bezüglich Immobilien in 1 Jahr. § 397. Bezüglich Viehmängel in 2 Wochen vom Ablauf der Gewährfrist. § 407.

[21]) Beide kurze Fristen beginnen nach § 159 mit dem Schlusse des Jahres, mit welchem die Befriedigung verlangt werde konnte. v. Zrodlowsky a. a. O. S. 79 flg. Gierke a. a. O. Seite 186 flg.

[22]) Gierke a. a. O. führt folgendes sehr treffende Beispiel an: Eine Gesellschafterin hat kein Gehalt bekommen, dagegen vor 20 Jahren ein Darlehen. Die Erben der Herrschaft klagen aus dem längst vergessenen Darlehen, gegen welches nicht einmal mit dem verjährten Gehalte kompensirt werden kann. Die Unbilligkeit des Ausschlusses der Kompensation suchen Mot. S. 349 damit zu rechtfertigen, daß ein guter Hausvater nicht unterlassen darf, sich rechtzeitig mit dem anderen Theil auseinanderzusetzen.

Beginn der Verjährung der Einzelrente abhängt, dagegen die Verjährung des Kapitals bezüglich des Beginns von der Verjährung der einzelnen Zinsforderung unabhängig ist. Dieses Resultat muß aber aus den Worten des Gesetzes wirklich errathen werden und es ist daher begreiflich, daß verschiedene Kritiker z. B. Hölder S. 149 diese Bestimmungen vollständig mißverstanden haben.

Daß guter Glaube nicht erforderlich ist, versteht sich bei einer erlöschenden Verjährung von selbst und ist Mot. S. 297 ausdrücklich ausgesprochen.

Hemmung und Unterbrechung der Verjährung.

Der Entwurf kennt sowohl eine Ausschließung des Beginnes resp. Sistirung des Laufs der begonnenen Verjährung, welche er sehr unklar Hemmung, als auch eine Annulirung der begonnenen Verjährung, welche er Unterbrechung nennt. Beide wirken nur zwischen den Personen, zwischen denen der Grund der Hemmung hervorgetreten. §§ 314, 344.

Als Fälle der Hemmung finden wir:

1. Stillstand der Rechtspflege (164).
2. Höhere Gewalt (165),
   jedoch nur, wenn die Verhinderung während der letzten 6 Monate bestanden hat.
3. Der Anspruch des Eigenthümers des Pfandes gegen den Pfandgläubiger auf Rückgewähr des Pfandes ist gehemmt, so lange das Pfand besteht (163).

Diese Bestimmung ist bereits durch § 158¹ gedeckt und also überflüssig.

4. Jedes rechtliches Hinderniß, welches vermöge der Beschaffenheit des Anspruchs die Rechtsverfolgung hindert.

Dies soll die gemeinrechtliche Streitfrage entscheiden ob Einreden die Verjährung hemmen (Windscheid — ja — Dernburg — nein —) und zwar dahin, daß der Regel nach Einreden hemmen. Motive S. 313. Dies ist aber durch 162², in welchem Einreden, die nicht hemmen, aufgeführt sind, nur ungenügend klargestellt.

5. Erbfolge, § 167, hemmt nicht.
6. Anspruch zwischen Vormund und Mündel während der Vormundschaft, der Ehegatten während der Ehe, der Eltern und Kinder wegen Minderjährigkeit der Letzteren gehemmt.

Die Ansicht Gierke's, daß diese Vorschrift auf die im Privatdienste stehenden Personen 156 [12] ausgedehnt werden sollte, erscheint offenbar verfehlt. Noch kasuistischer sind die Fälle der Unterbrechung geregelt: [23])

1. wie bisher Anerkenntniß § 169.
2. Klageerhebung wie bisher;

aber abweichend (§ 170) derselben gleichgestellt: Streitverkündigung. Ebenso abweichend vom gemeinen Recht: Erhebung der Klage beim unzuständigen Gerichte (§ 171 [2]). Die durch § 243 [3] der C. P. O. dahin angeregte Streitfrage, ob durch Zurücknahme der Klage die Unterbrechung als nicht erfolgt gilt, ist durch § 171 dahin entschieden, daß die Unterbrechung nicht eintritt, dagegen tritt Unterbrechung ein, wenn die Klage wegen Unzulässigkeit der Prozeßart zurückgewiesen wird, § 171 [4] und § 174, wenn sie auf Partei-Vereinbarung beruht.

Nicht unterbricht die Einrede, namentlich nicht die Compensationseinrede. Der Beklagte muß also eine auf Feststellung gerichtete Wiederklage erheben, wogegen von Horwitz Bedenken erhoben sind. [24])

Endlich unterbricht zwar die Zustellung eines Zahlungsbefehles, aber nicht die außergerichtliche Mahnung (vergl. a. a. O. Horwitz).

Die Motive erklären S. 345, daß die Verjährungs-Vorschriften zwingender Natur sind, dies soll daraus folgern, daß eine unverjährbare Forderung durch Parteiwillen nicht zu einer verjährbaren gemacht werden könne, dennoch giebt es eine durch Rechtsgeschäft ausschließbare sogenannte paktirte Verjährung, wie sich aus § 397 [3], 571 [3] ergiebt. Auch daß die Verjährung nicht von Amtswegen zu berücksichtigen und auf dieselbe verzichtet werden kann, widerspricht der zwingenden Natur derselben.

---

[23]) Die Verjährung wird unterbrochen durch Anerkennung des Anspruchs, Abschlagszahlung, Zinszahlung, Pfandbestellung, Bürgschaftsbestellung, durch Erhebung der Klage auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruchs, auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils, durch Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren, durch die Anmeldung einer Konkursforderung im Konkurse, durch Streitverkündigung, durch Vornahme einer Vollstreckungshandlung oder Stellung des Vollstreckungsantrages bei Gericht. Die Verjährung wird dagegen nicht durch Vorladung zum Sühneversuche unterbrochen.

[24]) Horwitz in den Gutachten aus dem Anwaltstande.

Bezüglich der bei inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches noch nicht vollendeten Verjährung stellt Artikel 102 die Regel auf, daß das neue Gesetz auf diese laufenden Verjährungen Anwendung findet, jedoch mit der Einschränkung, daß Beginn, Hemmung und Unterbrechung als unter dem früheren Gesetz vorgefallen, auch nach diesem zu beurtheilen sind.

Soweit eine Verkürzung der Verjährungsfrist im Verhältniß zum bisherigen Recht eingetreten ist, so wird die Frist, von dem Inkrafttreten des Gesetzbuchs an gerechnet.

Vorschlag zur Aufnahme einiger allgemeinen Normen über die Benutzung der fließenden Gewässer (Wasserrecht) in den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von Rechtsanwalt **Metz** I in Darmstadt.

I. Stellung und Begrenzung der Aufgabe.

Die Angriffe, welche gegen den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs hauptsächlich aus den Reihen der deutschen Rechtslehrer gerichtet wurden, scheinen bei Richtern und Anwälten nur geringen Anklang gefunden zu haben, die letztern erkennen überwiegend in dem Entwurfe eine geeignete Grundlage für eine neue gesetzliche Ordnung des bürgerlichen Rechts. Ich stehe auf Seiten dieser überzeugten Anhänger des Entwurfs und fordre für die Stimmen der Praktiker eine besondere Beachtung, da im letztverflossenen halben Jahrhundert die deutsche Rechtsübung gerade durch sie eine wesentliche Förderung erfahren hat.[1])

Die Klagen dieser Kreise beziehen sich, soweit der Entwurf als Ganzes in Betracht kömmt, wesentlich auf die Lücken, welche er in der Behandlung des bürgerlichen Rechts gelassen hat; auch ich wünsche, daß sich die Kommission hierin einer geringern Bescheidenheit befleißigt hätte. Aus nahe liegenden Gründen wird hier, soferne nicht der Reichstag mit starker Hand und überzeugender Begründung

[1]) Beispielsweise möge nur auf die grundlegenden Arbeiten Funke's über die Pertinenzen, Börner's über das Wasserrecht, Hoffmann's über die Wechselregreßlegitimation, Creizenach's über den Kontokorrentverkehr u. s. w. verwiesen sein.

Wandel schafft, eine Besserung kaum erzielt werden. Dagegen wird wol zu erreichen sein, daß der Entwurf das ganze Gebiet der Lehren und Einrichtungen umfasse, welche im Laufe dieses Jahrhunderts von der deutschen Rechtswissenschaft fast übereinstimmend in das bürgerliche Recht einbezogen worden sind.

Hierher rechne ich an erster Stelle die Lehre vom Wasserrecht, soweit sie das privatrechtliche Gebiet berührt, also mit Ausschluß der Vorschriften und Einrichtungen wirthschaftlicher und polizeilicher Natur. Die Nothwendigkeit der Einbeziehung dieser Materie in den Entwurf folgt nicht gerade daraus, daß sowohl das Recht der Pandekten und die neuern Gesetzbücher über das bürgerliche Recht Preußens, Frankreichs und Oesterreichs wie auch Spezialgesetze fast aller deutschen Staaten das Recht und die Benutzung des fließenden Wassers einer besondern Regelung unterworfen haben, denn sie bringen meist auch die Grundsätze über die Konzession von Be- und Entwässerungsanlagen, Triebwerken 2c., die Gründung von Wassergenossenschaften, die Instandhaltung und Reinigung der Bäche und Ufer, also Verwaltungs- und Polizeirecht. Entscheidend aber ist, daß die Rechtsübung der höchsten deutschen Landesgerichte und des Reichsgerichts jeder Zeit Streitigkeiten über die Benützung des fließenden Wassers und den Erwerb von bevorzugten Rechten an solchem als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten behandelt und der richterlichen Zuständigkeit unterworfen hat. Da eine Aenderung hierin nicht beabsichtigt sein kann, so würden insoweit die Landesgesetze (gem. Recht, Pr. Landrecht 2c.) für einen reinen Privatrechtsstreit auch fernerweit erhalten bleiben. Dies erscheint mir umsoweniger angemessen, als der Entwurf in einigen Punkten das Wasserrecht gestreift und die Lehre von der Avulsion und dem natürlichen Wasserabflusse geordnet, §§ 786 und 856, in andern die Verschiedenheit der Gesetzgebung im deutschen Reiche über diesen dem bürgerlichen Recht angehörenden Gegenstand und somit die Berechtigung, wenn nicht die Nothwendigkeit einer einheitlichen Ordnung desselben anerkannt hat (Motive III Seite 301. 302).

Dem entgegen vermag ich mit den Motiven durchaus nicht einzusehen, daß die Frage nach dem Eigenthum an der insula nata und dem alveus derelictus um deswillen weniger eine Gesetzgebungsfrage sei, weil sie in einem großen Theile Deutschlands geregelt sei, denn fast alle Vorschriften des Entwurfs sind bereits geregelt und erfordern gleichwohl eine neuerliche Regelung.

Unverständlich bleibt aber, wie man gerade die Rechtsverhältnisse an Flüssen, die meist oder doch häufig der Hoheit verschiedener Bundesstaaten unterstehen, deren einheitliche Ordnung sonach in erster Linie geboten ist, fünfundzwanzig Landesgesetzgebungen überlassen mag; verständlich wäre eher die umgekehrte Behauptung, daß die großen Wasserstraßen einer internationalen Regelung bedürften. Eben deshalb ist es unrichtig, daß das Wasserrecht nur eine lokale Bedeutung genieße und nach den Bedürfnissen größerer oder kleinerer Bezirke geregelt werden müsse (Mot. a. a. O. S. 5). Das gerade Gegentheil ist richtig, die Bemerkung paßt eher auf andere Rechtstheile als auf das Wasserrecht. Ebensowenig dürfte die Bemerkung der Motive einleuchten (Mot. a. a. O. S. 4 und 302/3), daß das Wasserrecht dem öffentlichen Rechte angehöre, hier scheint die öffentliche Sache mit öffentlichem Rechte verwechselt und allenfalls nur an die großen Ströme wie Rhein, Elbe, Weser, Oder 2c. gedacht zu sein; was in aller Welt hat das öffentliche Recht mit der Frage nach der rechtlichen Eigenschaft des fließenden Wassers im Verhältnisse zu den Adjazenten, dem Umfange des gemeinen Gebrauchs an demselben, dem Erwerbe von Privatrechten am Wasser 2c. zu schaffen? In der That haben auch zu allen Zeiten die Streitigkeiten der Wiesen- und Mühlenbesitzer, der Ober- und Unterlieger, Streitigkeiten über ungemessene Ableitung von Wasser oder Zuleitung schädlicher Stoffe, Aenderung des Wasserlaufs, Flußbetts, Ufers 2c. Anlaß zu Privatrechtsstreiten gegeben, die von den Gerichten entschieden wurden. Ausweislich des Seuffert'schen Archivs und der Entscheidungen des Reichsgerichts geschah dies in allen deutschen Staaten und Rechtsgebieten.[2]) Es besteht kein Bedürfniß hieran etwas zu ändern. Da aber selbstverständlich von der reichsrechtlichen Ordnung im bürgerlichen Gesetzbuche alles ausgeschlossen bleiben muß, was sich auf dem rein wirthschaftlichen Gebiete bewegt oder einen polizeilichen Charakter trägt, so will ich der Reichsgesetzgebung nur die Regelung folgender Fragen unterworfen haben:

[2]) Im Großherzogthum Hessen hatte der (zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten berufene) Staatsrath ein Urtheil des Gr. Oberappellationsgerichts Darmstadt in einem Kollisionsfalle zwischen Grund- und Mühlenbesitzern aufgehoben, die Gerichte haben sich aber nach wie vor für ausschließlich zuständig erklärt; spätere Anträge wegen Erhebung des Kompetenzkonflikts wurden vom Ministerium abgelehnt.

1. welche Gewässer sind öffentlich und welche Privateigenthum? beschränkt sich dieser Charakter der Gewässer auf die Wasserwelle oder ergreift er auch die Wassersäule, Bett und Ufer?
2. worin bestehen die Rechte des Gemeingebrauchs am fließenden Wasser?
3. auf welchem Wege und unter welchen Voraussetzungen können bevorzugte oder ausschließliche Rechte am fließenden Wasser erworben werden?

Hierzu haben einige Vorschriften über den natürlichen Wasserabfluß (§ 856 des Entwurfs), Avulsion (§ 786 des Entwurfs), Alluvion, die insula nata und den alveus derelictus zu treten. Hiermit wäre nach meiner Ansicht die reichsgesetzlich zu regelnde Lehre vom Wasserrecht zur Noth erschöpft, alles andere — einschließlich der Frage der Entschädigung wegen Rücknahme oder Beschränkung von Konzessionen des Staats zu einer Wassernutzung — der Landesgesetzgebung zu überlassen.

Man ersieht hieraus, daß die Regelung des Wasserrechts, soweit es seither einen Gegenstand des bürgerlichen Rechts gebildet hat, im Entwurfe sehr wohl möglich ist, daß sich der Regelung nirgends unüberwindliche Schwierigkeiten, namentlich auch nicht „aus Rücksichten der Landeskultur und ausgleichenden Gerechtigkeit" (Mot. a. a. O. S. 302) entgegenstellen. Man ersieht ferner, daß diese Regelung zulässig ist, denn alle Streitfragen bewegen sich ausschließlich oder doch vorwiegend auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und haben nach der übereinstimmenden Rechtsübung der deutschen Gerichte unter den verschiedensten Gesetzgebungen — wenigstens im laufenden Jahrhundert — zur Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte gehört. Man ersieht endlich, daß diese Regelung nothwendig ist, weil das fließende Wasser von der Quelle bis zur Mündung ein einheitliches Ganzes bildet, das im Interesse seiner vollen wirthschaftlichen Ausnutzung unter einem einheitlichen Rechte stehen muß; diese Ausnutzung wird natürlich unterbunden, wenn das fließende Wasser in einem Bundesstaate als öffentlich, im andern als Privateigenthum oder gemeinschaftliches (getheiltes) Eigenthum der Anlieger betrachtet, wenn die Benutzung hier den Anliegern freigegeben und dort beschränkt oder vielleicht gar dem Staate vorbehalten, wenn ein bevorzugtes Recht hier nur auf dem Wege der Staatskonzession, eine Stunde weiter auf dem Wege der unvordenklichen Verjährung erworben wird.

Um die oben aufgeworfenen Fragen zu regeln, ist es durchaus nicht nothwendig, das gesammte Wasserrecht hereinzuziehen, wie es auch seither in den Lehrbüchern über das bürgerliche Recht nicht im weiteren Umfange hereingezogen zu werden pflegt. Das Damm- und Deichrecht, die Deichverbände und Wassergenossenschaften, die Instandhaltung und Reinigung der Bäche, der Uferschutz und Leinpfad, das Konzessionswesen und alle anderen Fragen aus Verwaltungs- und Polizeirecht sind der Landesgesetzgebung zu überlassen.

II. Rechtliche Natur des fließenden Wassers, des Flußbetts und Ufers.

In den einzelnen Theilen des deutschen Reichs galten früher alle möglichen Theorien des Wasserrechts; Staatseigenthum (so das Reichskammergericht), Eigenthum des Landesherrn, Wasserregalität Privateigenthum, gemeinschaftliches (getheiltes) Eigenthum der Angrenzer, Oeffentlichkeit und Gemeingebrauch des Wassers waren in den Territorien in praktischer Anwendung; die Rezeption des römischen Rechts änderte hieran wenig, da dasselbe eine feste Theorie nicht zu bieten, vielmehr widerstreitende Sätze aufzuweisen schien. Nur der Satz, daß die schiff- und flößbaren Flüsse öffentlich seien (auf Bd. II Art. 28 § 4 des Sachsenspiegels gestützt), hat neben dem allgemein anerkannten Staatshoheitsrechte nach und nach die Oberhand gewonnen, er findet sich in neueren Gesetzen (österreichisches Wassergesetz von 1869 § 2, 3, 4, bayr. Gesetz über die Benutzung des Wassers vom 28. Mai 1852 Art. 1, 2, 39, 44, bad. Gesetz über die Benutzung des Wassers vom 25. August 1876 Art. 3, 6), wenn auch hier schon der gemeine Gebrauch des fließenden Wassers nebenbei anerkannt wird. Eine feste und bald allgemein anerkannte Grundlage gab aber der Theorie von der Oeffentlichkeit und dem Gemeingebrauch alles ständig und frei fließenden Wassers Börner in seiner Abhandlung im Archiv für civilistische Praxis Band 38 (1855), er stützte sich theils auf die Vorschriften des positiven Rechts, theils auf die Natur des fließenden Wassers als einer feste körperliche Grenzen entbehrenden stets wechselnden nicht eigenthumsfähigen Sache. Diese Theorie fand bald in den obersten Gerichten der deutschen Staaten Eingang und erwies sich vorzüglich geeignet zur Entscheidung der schwierigen Streitigkeiten zwischen den einzelnen Nutzungsberechtigten. Jeder übertriebenen Wassernutzung konnte wirksam entgegengetreten werden, ohne den Kläger mit einem häufig unmöglichen Beweise zu belasten, hauptsächlich aber war eine Handhabe gewonnen, um die

nach Lage der Verhältnisse leicht unter erfolgreichen Zeugenbeweis zu stellende Ersitzung eines ausschließlichen oder bevorzugten Privatrechts aus rechtlichen Erwägungen zu beseitigen, soweit ihr nicht Staatskonzession oder äußerlich erkennbarer unvordenklicher Besitz zur Seite stand. Auch das Reichsgericht hat diese Theorie angenommen (Entscheidungen Band 8 S. 134, Band 12 S. 183 und Band 15 S. 183) und nachgewiesen, daß sie auch im französischen Rechtsgebiete in Geltung sei (Entscheidungen Band 12 S. 340). Die Theorie hat auch in die Gesetzgebung ihren Einzug gehalten, s. u. a. Gr. hess. Gesetz vom 30. Juli 1887 Art. 1.

Was von der Welle und Wassersäule (der Gesammtheit des Wassers) gilt, muß auch vom Bett des Flusses gelten; impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus fr. 1 § 7 D. 43, 12; es schließt dies nicht aus, daß das verlassene Bett in ein Eigenthumsverhältniß zurücktritt, da auch im Privateigenthum stehende Sachen dem Gemeingebrauch unterworfen sein können (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 7 S. 215, Windscheid § 146 Note 16a, 17). Für die Oeffentlichkeit des Flußbetts spricht auch der Umstand, daß von den drei Theilen eines Flusses (Wasser, Bett, Ufer) das Wasser die Hauptsache bildet, das die rechtliche Eigenschaft des Ganzen bestimmt; die gegentheilige Ansicht müßte den Fluß als ein überschwemmtes Grundstück betrachten, was kaum auf allgemeine Billigung rechnen dürfte. Auch lassen sich nur bei der Annahme der Oeffentlichkeit des Flußbetts größere Unzuträglichkeiten vermeiden, die mit der Annahme eines Staatseigenthums an demselben nach dem Satze superficies solo cedit bei allen privaten Einbauten, Brücken, Schleusen, Wehren ꝛc. verbunden wären. Endlich sprechen der öfter (beim Rheine siebenmal) eintretende Wechsel der Staatshoheit und die in Folge von Geschiebe, Sandbänken ꝛc. verursachte fortwährende Veränderung des Flußbetts gegen die Annahme eines Staatseigenthums.

Die Ufer der Flüsse werden gemeinrechtlich für öffentlich und dem Gemeingebrauch unterworfen, gleichwohl aber als im Eigenthum der Angrenzer stehend erklärt (s. die Nachweise in Seuffert, Archiv Bd. 28 Nr. 7). Folgerichtig ist dies nicht, es steht nichts im Wege, die Ufer, welche nicht durch eine Aussteinung oder nach dem Grundbuch als Privateigenthum erscheinen, wie Wasser und Flußbett als außer Verkehr stehend zu betrachten, sofern man unter Ufer das bei ordentlichem höchsten Wasserstand bedeckte Gelände im Gegensatze zum Flußbette, d. i. dem bei mittlerem Wasserstand wasserbedeckten

Gelände und unter ordentlichem höchsten Wasserstand den höchsten außer Ueberschwemmungen und außerordentlichen Zufällen erreichten Wasserstand begreift. Doch wird man die Feststellung dieser Begriffe zweckdienlich der Wissenschaft überlassen.

Hiernach stehen im Privateigenthum nur die gefangenen Wasser wie Teiche, Brunnen, Cisternen, die vom Grundstücke noch nicht abgelaufene Quelle, künstliche Kanäle; auch ist für die Oeffentlichkeit lediglich bestimmend der Umstand, daß das Wasser frei fließt, nicht aber, daß es ständig fließt; Cassius in fr. 1 § 3 D. 43, 12 ist zwar hierin anderer Ansicht, allein schon Ulpian sagt ebendaselbst (§ 2), daß das zeitweise Austrocknen den Charakter der Oeffentlichkeit des Flusses nicht beseitige. Vom Standpunkt des Gesetzgebers aus kann jedenfalls nur das freie, nicht gefangene Fließen als für die Eigenschaft der Oeffentlichkeit bestimmend betrachtet werden.[3]) Inwieweit Seen, die einen natürlichen Wasserabfluß nicht besitzen, zu den öffentlichen Gewässern oder den im Privateigenthum stehenden Teichen gehören, läßt sich nach dem zu Grunde liegenden Prinzipe unschwer entscheiden.

III. Gemeingebrauch an freifließendem Wasser.

Bevorzugte Rechte an demselben und an Privatgewässern.

Der Grundsatz vom Gemeingebrauch des frei fließenden Wassers erfordert die gegenseitige Achtung der Benutzungsrechte. Auch muß davon ausgegangen werden, daß allgemein nur der Ge- nicht der Verbrauch gestattet ist; doch kann der beim Bewässern, Schöpfen, Tränken, Waschen, Eisgewinnen zc. eintretende Verbrauch, wenn und soweit er den andern Berechtigten unnachtheilig ist, nicht gehindert werden. Aus gleichem Grunde muß das zur Wiesenwässerung abgeleitete Wasser, soweit nicht gesetzmäßig verbraucht, dem Flusse wieder zugeführt werden, wie dies alle Gesetzgebungen vorgeschrieben haben (Entscheidungen des Reichsgerichts Band 8 S. 139).

Daß einzelne Berechtigungen von demjenigen, der am Bache nicht angrenzt, nicht ausgeübt werden können, versteht sich von selbst.

[3]) Wenn Windscheid, Lehrbuch, 6. Aufl. § 146 Note 6 die Wasserwelle als unfähig bezeichnet, Gegenstand einer Privatberechtigung zu sein, während er bei der Gesammtheit des Gewässers das Gegentheil annimmt, so bin ich mit dem gemeinen Rechte, das die aqua profluens als communis omnium betrachtet, anderer Ansicht. Warum sollte das im Zuber, Kanne, Feldflasche zc. gefangene Wasser nicht mein Eigenthum sein können?

Das römische Recht verbot jede den Wasserlauf ändernde Anlage im Flußbett oder am Ufer; eine besondere Vorschrift hierüber ist jedoch nicht nöthig, sie folgt aus dem Grundsatz des Gemeingebrauchs. Für größere Stau- und Triebwerke haben §§ 16, 25 der Reichsgewerbeordnung vom 1. Juli 1883 Vorsorge getroffen; es muß die Regelung des Konzessionswesens bei künstlichen Be- und Entwässerungsanlagen (mit Ausschluß der herkömmlichen nur den Gemeingebrauch regelnden kleineren Ableitungsgräbchen) der Landesgesetzgebung überlassen werden.

Man ist heute darüber einig, daß bevorzugte Rechte am freifließenden Wasser nur durch Staatskonzession oder Unvordenklichkeit, durch letztere in Verbindung mit äußerlich erkennbaren Anstalten, erworben werden können.[4]) Daß das Konzessionsrecht der Bundesstaaten nicht zum Nachtheil der Bewohner anderer Bundesstaaten oder der allgemeinen Verkehrsinteressen an den größeren Wasserstraßen ausgeübt werden kann, dafür sorgt Art. 4 Z. 9. der Reichsverfassung. Die Unvordenklichkeit als Erwerbstitel ist hier nicht zu entbehren, da bei den meisten derartigen gewerblichen Anlagen eine Konzession nicht nachweisbar ist, während sie unbestritten seit unvordenklicher Zeit im Betriebe sind.

Die Vorschrift in § 781 c Abs. 3 meines Entwurfs gefährdet im Gebiete des gem. Rechts, wo seither schon der Grundsatz des § 781 c Abs. 1 galt, den Gemeingebrauch der öffentlichen Gewässer nicht; wo abweichende landesgesetzliche Vorschriften (beispielsweise erleichterter Verjährungserwerb) seither bestanden, müßte allerdings zur Gewinnung eines einheitlichen Rechtszustandes im deutschen Reiche in den betreffenden Ausführungsgesetzen eine dem § 781 c Abs. 1 entsprechende Vorsorge getroffen werden.

Hinsichtlich der Privatgewässer hat es bei dem bestehenden Recht

[4]) Wenn auch der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs eine Ersitzung von Grunddienstbarkeiten nicht kennt (Motive III. S. 165, 477) und die fließenden Gewässer (einschließlich Bett und Ufer) zweifellos den unbeweglichen Sachen beizuzählen sind, so wird man hier in der Zulassung der Unvordenklichkeit als Rechtserwerbsgrund eine Inkonsequenz nicht finden dürfen, denn die Unvordenklichkeit ist weniger eine Ersitzungsart als ein Surrogat der Staatskonzession (s. Seuffert Archiv Bd. 33 S. 5, Bd. 19 S. 192), sie ist jedenfalls praktisch unentbehrlich. Auch können die vorkommenden Wassernutzungsrechte beim regelmäßigen Mangel zweier Prädia, der Vicinität, causa perpetua 2c. und der öffentlich rechtlichen Natur des Wassers als Grunddienstbarkeit im römisch-rechtlichen Sinne nicht betrachtet werden.

sein Bewenden zu behalten, es würden somit für die Zukunft Rechte an denselben nur durch Vertrag und Eintragung im Grundbuche (§ 828, 868 des Entwurfs) erworben werden können. Eine Vorschrift — etwa im Einführungsgesetze —, daß bereits erworbene Rechte an Privatgewässern im Grundbuche nur eingetragen werden dürfen, wenn der Erwerb, soweit er nicht auf Vertrag oder Unvordenklichkeit beruht, gegen den Widerspruch des Eigenthümers des dienenden Grundstücks oder mittelst äußerlich erkennbarer Anlagen erfolgte, würde sich zwar vom Standpunkt der Einheitlichkeit des Rechts empfehlen, aber leicht zur Schmälerung oder Beseitigung wohlerworbener Rechte führen; es ist hiervon umsomehr abzusehen, als bei der Unbedeutendheit der in Betracht kommenden Gewässer eine verschiedene rechtliche Behandlung derselben einem öffentlichen Interesse nicht widerspricht.

IV. Der natürliche Wasserabfluß.

Der Entwurf hat die Grundsätze über die actio aquae pluviae arcendae im § 856 kurz zusammengefaßt, dabei aber die Geltung abweichender Vorschriften der Landesgesetzgebung vorbehalten.

Der Entwurf begründet (in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte) nur eine Pflicht, nicht ein Recht zur Aufnahme des natürlich abfließenden Wassers, dieses Recht dürfte aber doch ein Korrelat jener Pflicht bilden beziehungsweise das Recht zur Abführung des seinen natürlichen Lauf folgenden Wassers auch die Pflicht hierzu in sich schließen, vorausgesetzt natürlich, daß das öffentliche Wasser nicht kraft des Gemeingebrauchs, das Privatwasser nicht kraft des Eigenthums schon verbraucht ist. Jedenfalls spricht die Billigkeit für diese Ausdehnung, die sich in vielen Gesetzen findet (Code civil Art. 640; österr. Wassergesetz vom 30. Mai 1869 § 11; bayr. Wasserbenützungsgesetze Art. 34, 35; hess. Wassergesetz Art. 5). Es ist somit der Zusatz zu § 856 geboten, daß der natürliche Lauf des (vom Grundeigenthümer nicht verbrauchten) Wassers zum Nachtheile eines fremden Grundstücks nicht geändert werden darf.

Dagegen ist der Vorbehalt der abweichenden Vorschrift der Landesgesetze zu streichen. Daß die letzteren die Aufnahmepflicht des dem natürlichen Wasserabflusse unterworfenen Grundstücks sollten aufheben können, hat der Entwurf wol selbst nicht gemeint, er wollte solche nur da beseitigen, wo eine geregelte Entwässerung die Gestattung des ungeregelten Wasserabflusses entbehrlich macht, es ist

aber in einem solchen Fall die Aufnahmepflicht gegenstandslos und damit der Vorbehalt selbst entbehrlich geworden.

V. Avulsion.

Der Entwurf behandelt den Fall der Avulsion gemeinsam mit dem Falle der Abtrennung von Gelände in Folge eines Erdrutsches im § 786. Ob der letztere Fall einer besonderen Regelung bedarf, steht dahin, die neueren Gesetzgebungen schweigen darüber, jedenfalls gehört die Regelung nicht in das Wasserrecht; wenn man die Vindikation für Fälle des Lostrennens von Gelände durch Erdbeben und Erdrutsche nicht ausreichend hält, kann im allgemeinen Theile des Sachenrechts durch eine ähnliche Vorschrift wie bei der Avulsion oder durch Erweiterung dieser Vorschrift Vorsorge getroffen werden.

Ich habe dem § 781 g im Wesentlichen den § 786 des Entwurfs zu Grunde gelegt, jedoch einige redaktionelle Aenderungen angebracht, namentlich statt des ungewöhnlichen Ausdrucks „Erdkörper" das übliche Wort „Gelände" gewählt.

Meine Fassung der auf die Klagfrist bezügigen Worte ist bestimmter und deutlicher als im Entwurfe; daß der zur Klage außer dem Eigenthümer Berechtigte ein dinglich Berechtigter sein müsse, folgt schon aus dem rechtlichen Mangel einer Klage des nur persönlich Berechtigten. Die Unterscheidbarkeit des angeschwemmten Geländes von dem Ufergelände kann als Voraussetzung der Vindikation beibehalten werden, da sie regelmäßig vorhanden sein wird und hierdurch die Fälle geringer Anschwemmungen ausgeschieden werden.

VI. Alluvion.

Aus bereits entwickelten Gründen (s. I oben) kann ich mich mit dem Uebergehen des Falls der allmählichen Anschwemmung (Alluvion) nicht einverstanden erklären; die Fälle kommen verhältnißmäßig häufig vor, (siehe das Allegat bei Windscheid § 185 Note 3) und begreifen bei Verlandungen an größern Strömen nicht selten bedeutende Werthe. Die meisten Gesetzgebungen behandeln den Fall, u. a. das allgemeine Landrecht, der Code civil, die bayr. Wassergesetze von 1852, das hess. Gesetz von 1887. Die Alluvion gehört nach römischem Rechte und den neuern Gesetzgebungen dem angrenzenden Grundbesitzer, sie wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Verlandung durch künstliche Einbauten (Buhnen) herbeigeführt resp. hierdurch verstärkt würde. Bei dem vielfachen Wechsel, dem

solche Verlandungen unterliegen, empfiehlt es sich einen festen Zeitpunkt für die Vollendung des Eigenthumserwerbs zu bestimmen und denselben an den Beginn der Vegetation zu knüpfen, welche dauernde Zustände voraussetzt oder doch anbahnt.

VII. Neu entstandene Inseln.

Die in einem öffentlichen Gewässer neu entstandene Insel gehört gemeinrechtlich den an das Ufer angrenzenden Grundbesitzern; übereinstimmend ist das französische und preußische Recht, soweit nicht schiff- oder flößbare Flüsse in Frage stehen. Ueber die Auslegung sind zahlreiche Streitfragen entstanden, die hauptsächlich darin ihren Grund hatten, daß die Inseln nicht immer auf einer Flußseite lagen, sondern in ihrer Ausdehnung sich bald dem einen, bald dem andern Ufer näherten, daß sie in einer Flußmündung oder einer Bucht entstanden, daß zwischen Inseln und dem Ufer eine neue Insel sich bildete, daß der Maßstab der Antheilberechtigung der am Ufer anstoßenden Grundbesitzer schwankend war. Ich habe im Anschlusse an das gemeine Recht, dessen Lehre im Sinne der Auslegung Börners und des Reichsgerichts meiner Arbeit zu Grunde liegt, die nächstanstoßenden Grundbesitzer als antheilberechtigt erklärt und die Breite der angrenzenden Grundstücke als Theilungsmaßstab angenommen; ich betrachte es hiernach als selbstverständlich, daß eine in einer Flußmündung oder Bucht neu gebildete Insel den Grundbesitzern des nächstgelegenen Ufers eigenthümlich zufällt. Wenn ein Gewässer das Gelände eines Grundbesitzers dauernd abschneidet und umgiebt, so besteht kein Grund, denselben seines Eigenthums verlustig zu erklären. Dagegen bedürfen Veränderungen, die ein Gewässer in nicht dauernder Weise am Bett oder Ufer herbeiführt, wie schwimmende Inseln, Sandbänke ꝛc., keiner besonderen Regelung.

Inseln im Meere und die Meeresufer scheinen heute unter völkerrechtlichen Grundsätzen zu stehen. Sollte der Fall vorkommen, daß ein öffentlicher See austrocknet, so muß derselbe folgerichtig nach den im § 781i entwickelten Grundsätzen entschieden werden.

VIII. Das verlassene Flußbett.

Das römische Recht hat den alveus derelictus konsequent den Angrenzern überwiesen, hiermit aber doch wol die Billigkeit der Konsequenz geopfert. Neuere Gesetzgebungen (z. B. Code civil

Artikel 563) sind ihm hierin nicht gefolgt, ich schließe mich letzteren an.

Gletscher — die im Wettersteingebirge und Allgäu in bescheidenen Exemplaren vorkommen — stehen hier nicht in Frage, da sie nicht als erstarrtes Wasser, sondern als der unter Druck in Firn und Eis verwandelte Schnee erscheinen, sie gehören dem Eigenthümer des Grund und Boden.

Ich lasse dahingestellt sein, ob es nicht im Einführungsgesetze den Bundesstaaten freigelassen werden soll, landesgesetzliche Vorschriften über Salzquellen, Fischerei 2c. vorzubehalten.

Die nachfolgenden Vorschläge würden sich dem Entwurfe als § 781a—l geeignet einverleiben lassen; § 786 des Entwurfs wäre zu streichen.

§ 781a.

Die freifließenden Gewässer, das Bett und die Ufer derselben sind öffentlich und dienen dem gemeinen Gebrauche. Derselbe steht unter der Aufsicht des Staats.

§ 781b.

Die Benutzung der öffentlichen Gewässer darf nur unter Achtung des gleichen Benutzungsrechts aller andern Berechtigten erfolgen.

Der Gebrauch und Verbrauch des Wassers zum Waschen, Baden, Tränken, Schwemmen, Schöpfen, Kahnfahren, zur Bewässerung und Eisgewinnung sowie zu anderen dem gemeinen Gebrauche nicht nachtheiligen Benutzungsweisen ist Jedermann gestattet, soweit dies ohne besondere Anlage und ohne rechtswidrige Betretung des Privateigenthums geschehen kann.

Die Benutzung des Wassers darf nicht für fremdes Eigenthum schädlichen Rückstau, Ueberschwemmung oder Versumpfung bewirken, die Anlagen zur Benutzung (namentlich Stau-, Zu- und Ableitungsanlagen) sind stets in solcher Weise einzurichten, daß ein unwirthschaftlicher Verbrauch ausgeschlossen ist.

Abgeleitetes Wasser muß, soweit es nicht gesetzmäßig verbraucht ist, vor seinem Eintritt in ein fremdes Grundstück in sein Bett zurückgeleitet werden.

§ 781c.

Benutzungsrechte an öffentlichen Gewässern, welche den gemeinen Gebrauch ausschließen oder einschränken, können nur durch Konzession

oder Unvordenklichkeit erworben werden; im letzteren Falle muß der bevorzugte Besitzstand durch künstliche Anlagen während der Verjährungszeit erkennbar gewesen sein.

Es bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten, zu bestimmen, daß der Erwerb auch von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig ist.

Bereits erworbene ausschließende oder einschränkende Benutzungsrechte werden durch dieses Gesetz nicht berührt.

§ 781d.

Im Privateigenthum des Grundbesitzers stehen:

1. das in Teichen, Brunnen, Gruben und andern Behältern, in den für den Privatgebrauch angelegten Wasserläufen und Kanälen eingeschlossene Wasser,
2. das auf einem Grundstück entspringende oder darauf sich natürlich sammelnde Wasser, solange solches vom Grundstücke nicht abgeflossen ist.

§ 781e.

Ueber die im § 781d erwähnten Gewässer steht dem Eigenthümer des Grundstücks die ausschließliche Verfügung zu, unbeschadet bereits erworbener Rechte Dritter.

§ 781f.

Der Eigenthümer eines Grundstücks ist nicht befugt, den in Folge der natürlichen Bodenverhältnisse stattfindenden Wasserabfluß zum Nachtheile fremden Eigenthums zu ändern oder zu hindern.

§ 781g.

Gelände, welches durch die Gewalt des Wassers von einem Grundstücke an ein anderes versetzt wird (Avulsion), wird Bestandtheil des letzteren, wenn seine Unterscheidung von demselben nicht mehr möglich ist, oder wenn seit der vollendeten Versetzung ein Jahr verstrichen ist, ohne daß der Eigenthümer oder dinglich Berechtigte sein Recht durch Erhebung der Klage geltend gemacht hat.

§ 781h.

Ausbreitungen des Ufers, mögen sie in Folge des Sinkens des Wasserspiegels oder allmählicher Anschwemmungen eintreten (Alluvion),

wachsen dem angrenzenden Grundstücke selbst dann zu, wenn die Anschwemmungen künstlich herbeigeführt oder gefördert wurden. Der Eigenthumserwerb ist vollendet, sobald sich auf dem angeschwemmten Gelände natürliches Wachsthum entwickelt hat.

§ 781 i.

Inseln, welche sich in öffentlichen Gewässern neu bilden, fallen den an das Ufer angrenzenden Grundbesitzern nach Verhältniß der Breite ihrer Grundstücke mit der Maßgabe zu, daß die Insel durch eine die Mitte des Stromes durchschneidende Linie zwischen den beiderseitigen Angrenzern getheilt wird, während die ausschließlich in der einen Stromhälfte gelegene Insel den daselbst angrenzenden Grundbesitzern allein gehört und nach obigem Verhältniß unter sie vertheilt wird.

Wenn zwischen einer Insel und dem Ufer eine neue Insel sich bildet, so erfolgt die Theilung nach demselben Maßstabe zwischen den am Ufer angrenzenden Grundbesitzern und den Grundbesitzern der Insel.

Vorstehende Grundsätze finden auf die Theilung des Grund und Boden eines ausgetrockneten, öffentlichen Sees entsprechende Anwendung.

§ 781 k.

Inseln, welche sich in Folge der dauernden Theilung eines öffentlichen Gewässers in zwei nachher wieder vereinigte Arme gebildet haben, verbleiben dem seitherigen Eigenthümer des Grund und Boden.

§ 781 l.

Wenn ein öffentliches Gewässer dauernd sein seitheriges Bett verläßt, so können die Eigenthümer der nunmehr unter Wasser gesetzten Grundstücke das verlassene Bett nach Verhältniß des ihnen entzogenen Grund und Boden in Anspruch nehmen.

Einige Bemerkungen zum Buch IV Abschnitt 2 Titel 1 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Von Rechtsanwalt **Westrum** in Celle.

Wenn die §§ 1466 fgd. des Entwurfs für solche Kinder, deren Empfängnißzeit ganz oder theilweise in die Zeit der Ehe fällt, eine Präsumtion der Ehelichkeit aufstellend, so wird dagegen gewiß von niemanden etwas eingewendet werden. Eine um so zweifelhaftere Frage ist die: wann soll diese Präsumtion cessiren? Man streitet darüber, was in dieser Beziehung jetzt gemeinen Rechtens, und noch mehr kann man darüber streiten, wie in dieser Hinsicht unser zukünftiges deutsches Gesetzbuch sich stellen solle.

Von verschiedenen Ansichten über das geltende gemeine Recht hat der Entwurf eine Mittelmeinung adoptirt. Nach gemeinem Recht erklärt ein Theil der Rechtslehrer jeden Gegenbeweis, also jeden irgendwie zu führenden Beweis, daß der Ehemann nicht Vater sei, für zulässig, ein anderer Theil nur den Beweis, daß er seiner Ehefrau innerhalb der koitischen Zeit nicht beigewohnt habe, und eine dritte Meinung fordert gar den Nachweis, daß er derselben, — wegen Abwesenheit, Unfähigkeit u. s. w. — überhaupt nicht habe beiwohnen können. Letztere Auffassung ist offenbar unrichtig und daher auch vom Entwurf nicht angenommen. Sie beruht auf einem Mißverständniß der Quellen, welche, — bei der Besprechung des Gegenbeweises gegen die vermuthete Ehelichkeit — gerade solche Beispiele wählen, in denen durch Abwesenheit und ähnliche Gründe jede Möglichkeit eines ehelichen Verkehrs ausgeschlossen war. Solche Beispiele zu wählen, lag eben nahe, weil anderweite Gegenbeweise schwer

zu konstruiren sind. Nichts aber beweist, daß nach der Meinung der Kompilatoren die Unmöglichkeit der Beiwohnung eine wesentliche Voraussetzung des Gegenbeweises bildet. Es würde ja auch ein wunderliches Resultat sein, wenn man nachdem bewiesen, daß der Ehemann seit Jahren mit seiner Ehefrau nicht verkehrt habe, ihn doch zum Vater erklären wollte, weil er, wenn er nur Lust gehabt hätte, in der Lage gewesen sein würde, den Beischlaf mit der Mutter des Kindes zu vollziehen, und nur die faktische Nichtvollziehung, nicht die Unmöglichkeit der Vollziehung, erhelle. Diese Unmöglichkeit der Beiwohnung ist ja auch für sich bedeutungslos, sie hat nur Werth, insofern aus ihr die Nichtvaterschaft gefolgert werden kann und muß. Kann daher der Beweis der Nichtvaterschaft anderweit erbracht werden, so muß solcher direkter, unmittelbarer Beweis mehr gelten, als der Beweis eines Umstandes, aus dem erst weiter gefolgert werden kann, daß jemand nicht der Vater des bestimmten Kindes ist. Man darf sich hierbei nur nicht irre machen lassen und durch den Doppelsinn, in dem bei Erörterung dieser Frage oft davon gesprochen wird, ob jemand der Vater des Kindes sein könne oder nicht. Die Vertreter der hier bekämpften Ansicht sagen nämlich wohl, nur dann, wenn jemand nachweise, daß er nicht Vater sein könne, dürfe man ihn von der Vermuthung der Vaterschaft lossprechen; könne er der Vater sein, so würde man dem Kinde unrecht thun. Das ist richtig, je nachdem man es versteht. Wenn die Möglichkeit vorliegt, daß der präsumtive Vater auch der wirkliche sei, so ist der Gegenbeweis nicht geführt. Ist aber das Gericht überzeugt, daß der Ehemann der Vater nicht ist, so kann er es auch nicht sein. Das Gericht hat dann eben auch die Ueberzeugung, daß das Kind empfangen ist, vor oder nach dem Beischlaf mit dem Ehemanne bezw. zwischen zwei Fällen des Beischlafs mit ihm. Dies schließt die physische Möglichkeit der Vaterschaft gerade so aus, wie der einfachere und klarere Fall, den die Gegner immer im Auge haben, der Fall, indem der Ehemann mit der Mutter überhaupt nicht konkumbiren konnte und nicht konkumbirt hat.

Aus diesen Gründen würde ich denn auch in Bezug auf die Gestattung des Gegenbeweises gegen die Vaterschaft und die dabei zulässigen Mittel noch einen Schritt weiter gehen, als der Entwurf, so weit nämlich, wie nach meiner, der Praxis allerdings widersprechenden, Meinung schon das römische Recht geht, und jeglichen Gegenbeweis zulassen, welcher dem Richter die Ueberzeugung der

Nichtvaterschaft gewährt. Noch lieber freilich würde ich mit dem römischen Rechte in dieser Beziehung ganz brechen und schon den Beweis des Ehebruchs der Mutter während der Konzeptionszeit als Gegenbeweis gelten lassen. Oder genauer gesagt, ich würde beim Beweise des Ehebruchs die Präsumtion cessiren lassen. Die ganze Präsumtion basirt darauf, daß man bei verheiratheten Frauen die Wahrung der ehelichen Treue vermuthet. Wird der Bruch dieser Treue erwiesen, so ist zwar nicht der Gegenbeweis gegen die Vaterschaft erbracht, aber nun spricht auch keine Vermuthung mehr für letztere, und wer die Vaterschaft des Ehemanns nun trotzdem noch behauptet, mag sie beweisen. Man wird hiergegen auf das Interesse des Kindes verweisen, welches doch als eheliches gelten müsse, wenn es möglicherweise ein solches sei. Allein, wenn das Kind hier unter dem Ehebruch der Mutter leidet, so ist das nicht anders, wie wenn ein Kind darunter leidet, daß seine Mutter sich einem Manne ohne Heirath hingab. Im letzteren Falle besteht die Ehe noch nicht, beim Ehebruch ist die Ehe gebrochen, das Eheband zerrissen, die Ehe besteht materiell nicht mehr. Das Kind, sicherlich ein Kind der Ehefrau, leidet mit unter deren Vergehen. Es ist zwar auch ein Kind seines Vaters, aber wir wissen eben nicht, welches Vaters. Daß es möglicherweise ein eheliches Kind trotz des Ehebruches, berechtigt nicht, diese Möglichkeit als Gewißheit zu nehmen, und dem Ehemann ein Kind als das seinige aufzubürden, von dem er glaubt, daß es das seine nicht sei. Wollte man einem Kinde schon deshalb Kindesrechte gegen einen Mann zusprechen, weil es möglicherweise sein Kind ist, so müßte man dem unehelichen Kinde gestatten, nach seiner Wahl sich unter mehreren Konkumbenten der Mutter den Vater zu wählen. Wenn man die Kinder einer Ehefrau bis auf Weiteres als eheliche Kinder ansieht, so geschieht dies nicht deshalb, weil man bei ihnen die Möglichkeit der Vaterschaft für gleichwerthig mit deren Gewißheit erachtet, vielmehr nur, weil man bis auf Weiteres es glaubt, für gewiß ansehen zu dürfen, daß der Ehemann, und nur er mit der Mutter Umgang gepflogen.

Den Gegenbeweis hiergegen, also den Beweis der Untreue, genügen zu lassen, und dem Kinde die Rechte eines ehelichen bis auf Weiteres zu versagen, würde gewiß nur fördernd auf die Sittlichkeit wirken, indem leichtfertige Frauen um so eher vor einem Fehltritt zurückschrecken dürften, je schwerere Folgen derselbe nach sich zieht. — Dennoch glaube ich nicht, daß die Gesetzgebung sich entschließen wird,

so radikal mit dem bisherigen Recht zu brechen, und es wird sich bei weiterer Bearbeitung und bei der Bearbeitung und bei der Berathung des Entwurfs wohl immer nur um die Frage handeln, wie weit man in der Zulassung des direkten Gegenbeweises gehen soll. Wenn ich, wie oben bemerkt, jedes Mittel eines solchen Gegenbeweises zuzulassen empfehlen möchte, so glaube ich, daß ein Widerspruch sich weniger gegen die provinzielle Berechtigung meines Standpunktes, als gegen seine praktische Haltbarkeit richten wird. Man wird mit den Motiven sagen, es seien alle anderen Beweise unsicher, es sei im Interesse der guten Sitte und der Ehrbarkeit nicht zu wünschen, daß leichthin die Ehelichkeit in Frage gestellt werden könne u. s. w. Dagegen möchte ich einwenden, daß, wenn ein anderer Gegenbeweis garnicht denkbar wäre, als der, daß die Eheleute mit einander in der kritischen Zeit nicht verkehrt haben, die unbeschränkte Zulassung des Gegenbeweises ja unschädlich sein würde; der Richter wird ihn dann eben in anderen Fällen nicht für geführt erklären. Offenbar fürchtet man aber, er werde es dennoch, wenn auch nur selten, bei besonderer Lage des Falles thun, und dadurch könne möglicherweise einmal zu Unrecht einem ehelichen Kinde die Ehelichkeit aberkannt werden. Deshalb soll der Richter auf den einfachsten, klarsten Fall des Gegenbeweises beschränkt sein. Eine wunderbare Bestimmung, zu einer Zeit, da die Civilprozeßordnung den Richter in Bezug auf die Beweiswürdigung allmächtig macht, da die Geschworenen und Richter nach freiester Ueberzeugung, ohne Beweisvorschriften, dem Angeklagten Freiheit und Leben absprechen können!

Außerdem beruht es auf einer Selbsttäuschung, wenn man glaubt, gegen die bei jedem Richterspruche an sich möglichen Irrthümer sich dadurch decken und dem Kinde eine absolute Garantie gegen fehlsame Anerkennung der Ehelichkeit bieten zu können, wenn man den Beweis fordert, daß die Mutter innerhalb der Konzeptionszeit nicht mit dem Gatten konkumbirt habe, aber anderweite Gegenbeweise z. B. aus der Reife des Kindes abschneidet. Wenn der Ehemann $1\frac{1}{2}$ Jahre abwesend war und 182 Tage vor der Geburt zurückkehrte und mit der Mutter konkumbirte und Aerzte und Hebammen versichern, das Kind sei so entwickelt zur Welt gekommen, daß es unmöglich aus einem innerhalb der letzten 6—7 Monate erfolgten Beischlafe stammen könne, so soll das kein Gegenbeweis sein, weil Aerzte, Hebammen u. s. w. sich irren können. Worauf wird denn aber der, zugelassene, Beweis, daß der Ehemann mit der Mutter keinen

Umgang gepflogen, beruhen? Doch auch nicht auf unmittelbarer richterlicher Wahrnehmung, vielmehr regelmäßig auf Zeugen- und Sachverständigenaussagen. Weshalb soll da nun der Richter etwa auf die Meinung der Majorität der Sachverständigen hin, daß der Ehemann impotent sei, das Kind für ein uneheliches erklären dürfen, nicht aber auf die einstimmige Ansicht aller zugezogener Sachverständiger, daß ein Kind kein Siebenmonatskind sei. Nebenbei bemerkt, hat es mir immer wunderbarer geschienen, den Satz: „Perfectum partum post sex menses nasci posse“ dahin zu verstehen, daß nach 6 Monaten ein vollentwickeltes Kind geboren werden könnne. Ein entwickeltes, lebensfähiges Kind, ein Kind, das überhaupt den Namen eines solchen verdient, nahmen die alten Aerzte und demgemäß die römischen Juristen an, könne am 182. Tage geboren werden, nicht ein reifes, vollentwickeltes. Legt man die bekannte Pandektenstelle im letzteren Sinne aus, so imputirt man den Römern damit gerade eine Absurdität. Denn, wenn sie annehmen, daß ein Kind am 182. Tage bereits seine völlige Reife erlangt haben könne, so dürften sie nicht einem unreif am 181. Tage geborenen Kinde die Ehelichkeit absprechen. Die römischen Aerzte hätten denn schon die lächerliche Ansicht haben müssen, daß das Kind um Mitternacht des beendeten 181. Tages einen Sprung in seiner Entwickelung mache oder doch machen könne, der es von einem noch unentwickelten, nicht lebensfähigen Organismus plötzlich auf die Stufe eines Neunmonatskindes erhebe.

Zu derartigen Absurditäten und Widersprüchen gelangt man, wenn man glaubt aus irgend welchen Nebenrücksichten — auf das Interesse der Kinder, welches aber nicht vorhanden, wenigstens kein berechtigtes Interesse ist, wenn sie eben nicht ehelich sind —, auf den Ruf der Frau u. s. w. die Ermittelung der Wahrheit einschränken oder das wahre, zur vollen Ueberzeugung des Richters klargestellte Sachverhältniß ignoriren zu sollen. Die Ermittelung der Wahrheit ist das Ziel einer jeden Beweisführung. Ob die Erreichung dieses Ziels durch die Bestimmungen unseres neuen Gesetzbuches gefördert oder gehemmt wird, auf diese Frage wird selbst der Laie leicht die Antwort finden, wenn er sich folgenden Fall denkt, der in seinem faktischen Voraussetzungen vielleicht etwas gewagt, aber doch durchaus nicht so ganz unmöglich und jedenfalls geeignet ist, uns über das Prinzip klar werden zu lassen.

Die deutsche Ehefrau eines deutschen Mannes, mit dem sie bis

in die letzte Zeit verkehrt, entflieht mit ihrem Liebhaber, einem schwarzen Abkömmling unserer afrikanischen Besitzungen, und bringt fast 10 Monate später einen kleinen **Mulatten** zur Welt. Soll dieser Mulatte als Kind ihres Ehemannes gelten oder nicht?

Der Entwurf sagt: ja!

Der gesunde Menschenverstand sagt: nein!

Welchem von beiden wollen wir uns anschließen?

Gesetzliche Erbfolge und Pflichttheil.

Von Justizrath **Wilke** in Berlin.

A. Gesetzliche Erbfolge.

I. Bestimmungen des Entwurfs.

Die gesetzliche Erbfolge tritt ein, wenn und soweit der Erblasser einen Erben nicht eingesetzt hat, oder die Erbeinsetzung unwirksam ist oder wird (§ 1751). Sie bestimmt sich nach der Zeit des Erbfalles, das heißt: des Todes des Erblassers (§ 1749) mit der Maßgabe, daß eine nach dem Erbfalle geborene, aber zur Zeit des Erbfalles bereits empfangene Person erbberechtigt ist, wie wenn sie zur Zeit des Erbfalles geboren gewesen wäre (§ 1964). In letzterer Bestimmung liegt kein Widerspruch mit der allgemeinen Vorschrift des § 3: daß die Rechtsfähigkeit des Menschen erst mit der Geburt beginnt, denn auch bei der gesetzlichen Erbfolge erlangt der Nachgeborene sein Erbrecht nicht schon im Augenblicke des Erbfalles, sondern erst im Augenblicke seiner Geburt, und wenn er nicht zur Welt kommt, hat er niemals ein Erbrecht gehabt.

Grundlage der gesetzlichen Erbfolge sind Verwandtschaft (§§ 1965 bis 1970), Ehe (§ 1971) und Staatsangehörigkeit (§ 1974). Der Entwurf sagt zwar nicht ausdrücklich, daß in den Fällen der §§ 1965 bis 1970 die Erbfolge an die Voraussetzung der Verwandtschaft zwischen dem Erblasser und dem Erben geknüpft sei; aber es ist kein Zweifel, daß das der Wille des Gesetzentwurfs ist, wie aus der in einzelnen Fällen erfolgenden Erwähnung des Verwandtschaftsverhältnisses (§ 1965 Abs. 2, § 1968 Abs. 3 und § 1970) hervorgeht. Daraus folgt, daß Blutsverwandte, soweit sie rechtlich nicht als Verwandte anerkannt sind, also beispielsweise uneheliche Kinder

gegenüber dem Vater und dessen Verwandten, nicht erbfolgeberechtigt sind (§ 30 Abs. 3), andererseits aber fremde Personen, welche rechtlich die Stellung von Verwandten erlangt haben, ein gesetzliches Erbrecht haben.

Erbfolge der Verwandten.

Erste Linie.

Als gesetzliche Erben sind zunächst zur Erbfolge berufen die Abkömmlinge des Erblassers (§ 1964). Darunter sind verstanden die ehelichen Kinder (§§ 1466—1479) und deren weitere eheliche Abkömmlinge, ferner, wenn der Erblasser weiblichen Geschlechts ist, auch die unehelichen Kinder und deren eheliche Abkömmlinge (§ 1568), ferner die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder und deren Abkömmlinge (§§ 1579, 1582). Uneheliche Abkömmlinge erbberechtigter Kinder haben das gesetzliche Erbrecht nur unter der Voraussetzung, daß sie zu den erbberechtigten Kindern erbberechtigt sind.

Das durch Ehelichkeitserklärung legitimirte uneheliche Kind hat die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes seines Vaters (§ 1583), und die Wirkungen der Ehelichkeitserklärung erstrecken sich auch auf die Abkömmlinge des Kindes, wogegen das Kind und dessen Abkömmlinge nicht erlangen die rechtliche Stellung von Verwandten der Verwandten des Vaters (§ 1596). Daraus folgt, daß das so legitimirte Kind und dessen Abkömmlinge zwar zu den gesetzlich erbfolgeberechtigten Abkömmlingen seines Vaters gehören, nicht aber zu der gesetzlichen Erbfolge berufen sind gegenüber den Eltern und Voreltern seines Vaters.

Ebenso ist das Verhältniß des an Kindesstatt Angenommenen und seiner Abkömmlinge, soweit sie in den Annahmevertrag mit aufgenommen oder später geboren sind (§§ 1601, 1608, 1620). Kinder aus formell gültig geschlossener, aber für ungültig erklärter Ehe sind als eheliche Kinder anzusehen (§ 1562), sie sind daher mit ihren Abkömmlingen zur gesetzlichen Erbfolge berechtigt in den Nachlaß sowohl ihrer Eltern als auch der Voreltern mit der Ausnahme, daß, wenn bei der Eheschließung die Nichtigkeit der Ehe beiden Ehegatten bekannt war, oder ihre Unkenntniß auf grober Fahrlässigkeit beruht hat, die Verwandten des Vaters nicht als Verwandte des Kindes gelten (§ 1566 Abs. 2). In diesem einen Falle haben also die Kinder aus ungültigen Ehen dasselbe gesetzliche Erbrecht wie die durch Ehelichkeitserklärung legitimirten unehelichen Kinder.

Berufen zur gesetzlichen Erbfolge sind die Abkömmlinge des Erblassers nur, so weit sie ohne noch lebendes Zwischenglied von ihm abstammen. Der entferntere Abkömmling wird also durch einen zur Zeit des Erbfalles noch lebenden näheren Abkömmling, sofern er durch diesen mit dem Erblasser verwandt ist, von der Erbfolge ausgeschlossen (§ 1965 Absatz 2).

Die zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Abkömmlinge theilen den Nachlaß nach Stämmen, also mehrere Kinder erben zu gleichen Antheilen, und, wenn ein Kind den Erblasser nicht überlebt hat, so treten seine Kinder zu gleichen Antheilen an seine Stelle (§ 1965 Abs. 3 und 4). Gehört ein zur Erbfolge berechtigter Abkömmling verschiedenen Stämmen an, so erhält er den in jedem dieser Stämme auf ihn fallenden Antheil, und jeder Antheil gilt als besonderer Erbtheil (§ 1967). Letztere Bestimmung hat seine Bedeutung bei der Ausgleichungspflicht unter mehreren zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Abkömmlingen (§§ 2157, 2160), bei der Haftung der gesetzlichen Erben für einen etwaigen Pflichttheilsanspruch (§§ 1994 fg.) und für Vermächtnisse und Auflagen (§§ 1843, 1886).

Zweite Linie.

Wenn kein zur Erbfolge berufener Abkömmling vorhanden ist, so sind als gesetzliche Erben zur Erbfolge berufen die Eltern des Erblassers (im engeren Sinne, das heißt: Vater und Mutter) sowie die gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlinge derselben (§ 1966).

In dieser Linie sind aber verschienene Rangordnungen:

1. Leben bei eintretendem Erbfall beide Eltern des Erblassers, so erben sie allein und zu gleichen Theilen.
2. Lebt nur ein Elterntheil, und es sind keine Abkömmlinge des andern Elterntheils vorhanden, so ist das überlebende Elterntheil alleiniger Erbe.
3. Ueberlebt nur ein Elterntheil den Erblasser, es sind aber Abkömmlinge des andern Elterntheils vorhanden, so erben Letztere nach Stämmen zu einer Hälfte und der überlebende Elterntheil zur anderen Hälfte.
4. Sind Vater und Mutter vor dem Erblasser gestorben, so erben zur Hälfte die Abkömmlinge des Vaters, zur Hälfte die der Mutter — nach Stämmen.

In den Fällen zu 3 und 4 erhält wie bei der Erbfolge in erster Linie derjenige, welcher verschiedenen Stämmen angehört den in jedem

dieser Stämme auf ihn fallenden Antheil als besonderen Erbtheil (§ 1967).

Durch ausdrückliche besondere Vorschrift sind von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen der Adoptivvater und die Adoptivmutter gegenüber dem angenommenen Kinde (§ 1624) und der Vater eines Kindes aus ungültiger Ehe, wenn ihm bei der Eheschließung die Nichtigkeit der Ehe bekannt war oder ihre Unkenntniß auf grober Fahrlässigkeit beruhte (§§ 1564, 1566). Dagegen ist das gesetzliche Erbrecht des Vaters gegenüber dem durch Ehelichkeitserklärung legitimirten Kinde nicht ausgeschlossen (§§ 1583, 1596), solcher Ausschluß ist auch nicht zu folgern aus der Bestimmung des § 1596 Abs. 2, wonach — soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt — die Rechte und Pflichten nicht berührt werden, welche zwischen dem Kinde und dessen Verwandten in Folge der Verwandtschaft bestehen; denn man kann unmöglich annehmen, daß der natürliche Vater eines für ehelich erklärten Kindes bei Vorhandensein der Mutter und sonstiger Verwandten des Kindes kein gesetzliches Erbrecht, bei Fehlen solcher Verwandten es dagegen haben soll; vielmehr muß in der Einschränkung des gesetzlichen Erbrechts der Blutsverwandten des für ehelich erklärten Kindes eine „aus dem Gesetze — nämlich aus der in § 1583 solchem Kinde beigelegten Stellung eines ehelichen Kindes — sich ergebende" Ausnahme von der allgemeinen Bestimmung des § 1596 Abs. 2 gesehen werden.

Nach der oben an die Spitze gestellten Behauptung, daß der in den §§ 1965 bis 1970 vorgeschriebenen gesetzlichen Erbfolge die Annahme der rechtlich anerkannten Verwandschaft zu Grunde liege, ist die Erbfolge überall da ausgeschlossen, wo keine Verwandtschaft besteht zwischen dem Erblasser und den Abkömmlingen eines seiner Eltern, mögen auch die Abkömmlinge selbst ihren Eltern gegenüber erbberechtigt sein. Wenn also beispielsweise der Erblasser überlebt wird von seiner Mutter und sein Vater vorher verstorben ist mit Hinterlassung nur eines durch Ehelichkeitserklärung legitimirten oder an Kindesstatt angenommenen Kindes, so erbt letzteres nicht mit, weil es mit dem Erblasser nicht verwandt ist, sondern die Mutter ist Alleinerbin. Die Fassung des § 1966 Abs. 3:

> „Hat ein Elterntheil den Erblasser nicht überlebt, so treten die Abkömmlinge des Elterntheils nach Maßgabe der Vorschriften über die Beerbung in der ersten Linie an dessen Stelle,"

darf nicht dahin mißverstanden werden, daß es für das Erbrecht der

Abkömmlinge der Eltern in zweiter Linie nur darauf ankomme, ob die Abkömmlinge zur gesetzlichen Erbfolge ihren Eltern gegenüber in der ersten Linie berechtigt gewesen wären.

Wenn die Eltern des Erblassers vor ihm gestorben sind, und Kinder von ihnen aus verschiedenen Ehen vorhanden sind, so erhalten die vollbürtigen Geschwister je zwei Antheile, nämlich einen Antheil vom Vater und einen von der Mutter her, während die halbbürtigen Geschwister nur die Hälfte des Nachlasses, welche auf den gemeinschaftlich gebliebenen Elterntheil gefallen wäre, mit den anderen Geschwistern theilen. Hinterläßt also der Erblasser, dessen Eltern verstorben sind,

2 vollbürtige Geschwister,

3 halbbürtige Geschwister, mit denen er denselben Vater hatte, und

4 halbbürtige Geschwister von derselben Mutter,

so erhalten die vollbürtigen Geschwister in dem väterlichen Namen $^1/_5$ der Hälfte, also $^1/_{10}$ des Ganzen und im mütterlichen Namen $^1/_6$ der Hälfte, also $^1/_{12}$ des Ganzen, jedes mithin $^{11}/_{60}$; die halbbürtigen Geschwister von demselben Vater erhalten je $^1/_5$ von der auf die Vaterseite fallende Hälfte, also je $^1/_{10}$ oder $^6/_{60}$ und die halbbürtigen Geschwister von der nämlichen Mutter je $^5/_{60}$ des Ganzen.

Dritte Linie. (§ 1968.)

Nach der zweiten Linie sind als gesetzliche Erben zur Erbfolge berufen die Großeltern des Erblassers sowie die gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlinge und zwar in folgender Ordnung:

1. Zunächst erben die den Erblasser überlebenden Großeltern zu gleichen Theilen, ohne Unterschied, ob sie zur Vater- oder Mutterseite gehören, und wenn nur ein Großelterntheil vorhanden, erbt dieser allein.
2. Hat kein Großelterntheil den Erblasser überlebt, so erbt von den Abkömmlingen der Großelterntheile derjenige, welcher mit dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist, und mehrere dem Grade nach gleich nahe Verwandte erben zu gleichen Theilen.

Der Grad der Verwandtschaft wird nach der Zahl der das Verwandtschaftsverhältniß begründenden Zeugungen bestimmt (§ 31). Wenn der hiernach zur Erbschaft berufene Seitenverwandte aus mehrfachen Gründen mit dem Erblasser

verwandt ist, so erhält er deshalb nicht einen mehrfachen Erbtheil.

Nach der dritten Linie sind als gesetzliche Erben berufen die Urgroßeltern des Erblassers sowie die gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlinge derselben (Vierte Linie), nach der vierten Linie die weiteren Voreltern des Erblassers sowie die gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlinge derselben unter Vorrang der näheren Voreltern und deren Abkömmlinge vor den entfernteren Voreltern und deren Abkömmlingen (Fünfte, Sechste Linie u. s. w.) unter entsprechender Anwendung der für die dritte Linie vorgeschriebenen Vorschriften in Ansehung jeder späteren Linie (§§ 1969, 1970). Also in jeder Linie erben zunächst die an der Spitze der Linie stehenden Voreltern nach Köpfen und die Abkömmlinge dieser Voreltern erben erst, wenn kein Vorelterntheil der Linie vorhanden ist, und die Abkömmlinge folgen nach dem Grade der Verwandtschaft zum Erblasser.

Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten.

1. Bei getrennten Gütern (§ 1971).

Der überlebende Ehegatte ist als gesetzlicher Erbe berufen,

wenn Verwandte der ersten Linie zur gesetzlichen Erbfolge gelangen, zu einem Viertel der Erbschaft;

wenn Verwandte der zweiten Linie oder eine oder mehrere Großelterntheile zur gesetzlichen Erbfolge gelangen, zur Hälfte der Erbschaft;

in Ermangelung solcher gesetzlichen Erben zur ganzen Erbschaft.

Ist der überlebende Ehegatte auch als Verwandter des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge berechtigt, so erbt er zugleich als Verwandter, beide Antheile gelten als besondere Erbtheile.

Wenn der Ehegatte mit Anderen als Verwandten der ersten Linie zur gesetzlichen Erbfolge berufen ist, so gebühren ihm außer seinem Erbtheil das Haushaltungsinventar, welches die Ehegatten im gewöhnlichen Gebrauch gehabt haben mit Ausnahme der Gegenstände, welche Zubehör eines Grundstücks sind, sowie die Hochzeitsgeschenke.

Auf diese ihm vorweg gebührenden Gegenstände, welche „Voraus" genannt werden, finden die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Also der Voraus beschränkt sich auf die zur Zeit des Erbfalls dem Erblasser gehörenden Sachen der gedachten Art (§ 1851) in ihrem zur Zeit des Erbfalles vorhandenen

Bestande und Zustande (§ 1859); ist eine der betreffenden Sachen zur Zeit des Erbfalles mit einem Pfandrechte oder einem anderen dinglichen belastet, so kann der überlebende Ehegatte nicht die Befreiung von solcher Belastung fordern, wogegen ein etwaiger Anspruch des Erblassers auf Befreiung der Sache von der Belastung auf ihn übergeht (§ 1861); der überlebende Ehegatte wird nicht ohne Weiteres Eigenthümer der zum Voraus gehörigen Gegenstände, sondern hat nur eine Forderung an die Erben auf Gewährung derselben (§ 1865), er kann den Voraus durch eine den Erben gegenüber, nicht vor dem Erbfalle abgegebene Erklärung ganz oder theilweise ausschlagen (§ 1873), er muß den Erben die auf die Sachen seit dem Erbfalle gemachten nothwendigen Verwendungen ersetzen (§ 1880).

2. Bei vorhandener Gütergemeinschaft

gehört der Antheil des verstorbenen Ehegatten an dem Gesammtgut zum Nachlasse dieses Ehegatten (§§ 1382, 1429). Dieser Antheil wird im Falle der Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft ebenso vererbt, wie wenn keine Gemeinschaft bestanden hätte (§ 1434). Dagegen gelten für den Fall bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft folgende besonderen Vorschriften bezüglich der gesetzlichen Erbfolge (§§ 1341, 1383, 1384, 1385).

A. Wenn kein gemeinschaftlicher Abkömmling der Eheleute vorhanden ist, so wird der verstorbene Ehegatte in derselben Weise beerbt, wie er beerbt werden würde, wenn keine Gütergemeinschaft bestanden hätte. Der überlebende Ehegatte erhält also unter der gedachten Voraussetzung außer seinem, schon sein Eigenthum bildenden Antheil an dem Gesammtgute als sein Erbe, wenn ein einseitiger Abkömmling des verstorbenen Ehegatten vorhanden ist, ein Viertel des Nachlasses des letzteren; wenn Verwandte der zweiten Linie oder ein Großelterntheil zur Erbfolge kommt, ein Halb des Nachlasses sowie den gesetzlichen Voraus, und in Ermangelung solcher gesetzlichen Erben den ganzen Nachlaß.

B. Ist ein gemeinschaftlicher Abkömmling der Eheleute vorhanden und ein oder mehrere einseitige Abkömmlinge, so erhalten die einseitigen Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten von dem Nachlaß des letzteren denselben Erbtheil, welchen sie bei nicht vorhandener Gütergemeinschaft erhalten haben würden, und der überlebende Ehegatte erhält den Rest, also

diejenigen Antheile des Nachlasses, welche er und die gemeinschaftlichen Abkömmlinge bei nicht bestandener Gütergemeinschaft geerbt haben würden. Ebenso erhält der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß, wenn nur gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind und kein einseitiger Abkömmling des Erstverstorbenen.

Der überlebende Ehegatte tritt aber kraft des Gesetzes nach Maßgabe der in den §§ 1396 bis 1409 enthaltenen Vorschriften in das Rechtsverhältniß der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit denjenigen gemeinschaftlichen Abkömmlingen, welche bei nicht bestandener Gütergemeinschaft zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein würden (§ 1384).

Das Erbrecht des Ehegatten in dem zu A. gedachten Falle (wenn kein gemeinschaftlicher Abkömmling vorhanden ist) hat die Natur der gesetzlichen Erbfolge, tritt also nur ein, wenn und soweit der Erblasser nicht anderweit gültig verfügt hat. Dagegen finden auf das Erbrecht des gütergemeinschaftlichen Ehegatten in dem Falle zu B. (wenn ein gemeinschaftlicher Abkömmling vorhanden ist) die Vorschriften über das durch Erbeinsetzungsvertrag begründete Erbrecht entsprechende Anwendung (§ 1385), es kann also dieses Erbrecht dem überlebenden Ehegatten nur durch einen zwischen den Ehegatten geschlossenen Vertrag beschränkt oder aufgehoben werden (§ 1957). Eine Verfügung des Erblassers von Todeswegen ist jedoch zulässig, ohne Rücksicht auf das Erbrecht des Ehegatten, in Ansehung desjenigen Bruchtheils, um welchen sich das Erbtheil des überlebenden Ehegatten erhöhen würde dadurch, daß ein einseitiger Abkömmling des Erblassers auf die Erbschaft verzichtet hat, oder sie ausschlägt, oder durch Testament von der Erbschaft ausgeschlossen ist, oder für erbunwürdig erklärt wird (§§ 1385, 1972).

Soweit der verstorbene gütergemeinschaftliche Ehegatte Vorbehaltsgut oder Sondergut hinterlassen hat, das heißt Gegenstände, welche von dem Gesammtgut ganz ausgeschlossen sind, beziehungsweise solche, die nur der Substanz nach ausgeschlossen, jedoch der Verwaltung für Rechnung des Gesammtguts unterworfen sind (§§ 1346—1349, 1351) bestimmt sich die Berufung zu dem Vorbehaltsgute oder Sondergute nach den Vorschriften, welche gelten würden, wenn keine allgemeine Gütergemeinschaft bestanden hätte (§ 1395); dasselbe gilt, wenn zwischen den Eheleuten keine allgemeine Gütergemeinschaft, sondern nur eine Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der

Errungenschaft bestanden hat. Der Antheil des Verstorbenen an dem Gesammtgute gehört zu seinem Nachlasse, in diesen seinen Nachlaß aber findet die gewöhnliche Erbfolge wie bei getrennten Gütern statt (§§ 1382, 1434, 1432, 1395).

Erbrecht des Fiskus (§ 1974).

Wenn kein anderer Erbe vorhanden ist, wird der Erblasser von dem Fiskus desjenigen Bundesstaats beerbt, welchem er zur Zeit seines Todes angehört hat. Also in diesem Falle ist die Staatsangehörigkeit, nicht der Wohnsitz, entscheidend.

Der Fiskus kann sein Erbrecht erst geltend machen, und darf als Erbe erst in Anspruch genommen werden, nach dem von dem Nachlaßgericht festgestellt ist, daß andere Erben nicht vorhanden sind. Es fehlt aber an Vorschriften, welche dem Erbschaftsgläubiger die Möglichkeit gewähren, solche Feststellung herbeizuführen, wenn der Fiskus seinerseits nichts dazu thut.

Besonderheiten des gesetzlichen fiskalischen Erbrechts sind, daß der Fiskus das Inventarrecht, das heißt das Recht, die Nachlaßverbindlichkeiten nur nach Maßgabe des Nachlaßbestandes erfüllen zu brauchen (§§ 2092 bis 2150) nicht verliert, weder durch Verzögerung der Einreichung binnen richterlich bestimmter Frist, noch dadurch, daß es im Proceß nicht geltend gemacht oder im Urtheil nicht vorbehalten ist; daß dagegen der Fiskus den Nachlaß-Gläubigern gegenüber die Verpflichtung hat, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu geben, endlich, daß der Fiskus die Erbschaft nicht ausschlagen kann.

Anwachsungsrecht.

Wenn ein gesetzlicher Erbe die Erbschaft ausschlägt oder durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist, so ist er in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge als vor dem Erbfalle gestorben anzusehen (§ 1972). Es treten also beispielsweise in der ersten Linie an die Stelle des wegfallenden Abkömmlings dessen zur Zeit des Erbenfalls bereits empfangene weitere Abkömmlinge. Die danach berufenen gesetzlichen Erben erben aus eigenem Rechte.

II. Beurtheilung der Bestimmungen.

Das Intestaterbrecht ist in den verschiedenen Theilen des Deutschen Reichs verschieden. Weder in der Rechtswissenschaft, noch im Volks-

bewußtsein hat sich eines dieser Erbrechte vorwiegende Anerkennung verschafft. Der Gesetzgeber, welchem die Aufgabe zufällt, auszusprechen, welches Intestaterbrecht künftig für das ganze Deutsche Reich gelten soll, ist daher gezwungen, statt — wie es eigentlich Sache der Gesetzgebung ist — nur auszusprechen: was Rechtens ist; zu befehlen, was Rechtens sein soll. Bei dieser Sachlage kann Niemand sich darüber beklagen, daß nicht das Intestaterbrecht des Rechtsgebietes, welchem er angehört hat, angenommen ist, sondern es muß Billigung finden, daß der Entwurf sich zu dem die verschiedenen Rechte vermittelnden Parentelsystem in Betreff der Verwandten-Erbfolge entschlossen hat, mit welchem außerdem manche Vorzüge verbunden sind. Die Vorschriften sind einfach und leicht verständlich. Das System trägt dem berechtigten Gedanken Rechnung, daß beim Erbrecht im Allgemeinen auf das Interesse der jüngeren Generation mehr Rücksicht genommen werden müsse, als auf die ältere, andererseits verhilft es aber wieder für den Fall, daß der kinderlose Erblasser Vater und Mutter hinterläßt, dem altdeutschen Schooßfallsrecht zur allgemeinen Geltung. Dem berechtigten Einwande, daß bei der strengen Anwendung des Parentelsystems eine zu große Zersplitterung des Vermögens erfolge, trägt der Entwurf in vernünftiger Weise Rechnung dadurch, daß schon von der dritten Linie an die Gradesnähe entscheidet, so daß bei der Erbfolge der Abkömmlinge der Großeltern oder noch weiterer Voreltern des Erblassers nur die mit dem Erblasser am nächsten verwandten erben. Die vom Entwurfe gebrauchten Ausdrücke „Elterntheil" und „Großelterntheil" sind abscheulich und der deutschen Sprache fremd. Es ist besser, die Ausdrücke Vater und Mutter, Großvater und Großmutter beizubehalten, wenn es dabei auch nöthig sein wird, hin und wieder etwas mehr Worte zu gebrauchen.

Inkonsequent ist es, daß nach § 1968 Abs. 2 bei der Erbfolge in der dritten Linie, wenn nur ein Großelterntheil lebt, dieser allein erben soll, während — entsprechend dem § 1966 Abs. 3 — in diesem Falle die mit dem Erblasser am nächsten verwandten Abkömmlinge des anderen Erbtheils die eine Hälfte und der überlebende Großelterntheil ebenfalls eine Hälfte des Nachlasses erben müßten. Es ist nicht zu verstehen, warum das nicht so bestimmt ist, umso weniger als die Motive selber (Seite 365) hervorheben, zu welchen Härten die Bestimmung führen kann. Es werden solche Härten in der That nicht nur ausnahmsweise, sondern häufig ein-

treten, während die vorgeschlagene Aenderung kaum zu unbilligen Ergebnissen führen kann.

Wie die Motive ergeben, ist die Frage der Begrenzung des Intestaterbrechts auf gewisse Verwandtenkreise in Erwägung gezogen, aber man hat es bei dem Bestehenden belassen, weil die Frage zur Zeit noch nicht spruchreif sei. Besser wäre es gewesen, sich hier zu einem entscheidenden Schritte zu entschließen. Sehr häßlich sind die Prozesse entfernter Verwandter um eine reiche Erbschaft, welche oft schließlich nach langem Verfahren auf Grund zweifelhafter Beweise zu Gunsten von Personen entschieden werden, welche dem Erblasser völlig fremd gewesen sind, und welche zu bedenken er niemals Willens gewesen sein würde. Viel näher steht in Fällen solcher Art die Ortsgemeinde, welcher der Erblasser angehört hat.

Den Motiven (Seite 366) ist zuzugeben, daß sich in manchen Familien, namentlich in solchen mit gebundenem Grundbesitze das Bewußtsein der Familienangehörigkeit sehr weit und selbst über die vierte Linie hinaus erstreckt. Aber grade wenn der Erblasser dieses Bewußtsein hat, dann wird er selber an diese entfernten Verwandten denken und für sie durch letztwillige Verfügung sorgen; auch ist in den Familien mit gebundenem Grundbesitz meistens durch Familienverträge oder Stiftungsurkunden vollständig für Erhaltung der Erbfolgerechte aller Familienangehörigen gesorgt, so daß wegen dieser wenigen Ausnahmefälle nicht Anstand genommen zu werden braucht an der im Allgemeinen wünschenswerthen Einschränkung der gesetzlichen Erbfolge der Verwandten. Die vierte Linie ist als Grenze geeignet. Aeußerst selten sind die Erbfälle über diese Linie hinaus und, wo sie ausnahmsweise vorkommen, erscheinen sie als Glücksfälle und nicht als Ansprüche, welche auf wirklichem Rechtsbewußtsein beruhen.

Grade von dem Standpunkte des Entwurfes aus, welcher fast die ganze dritte Linie (mit alleiniger Ausnahme der Großeltern) und alle weiteren Linien zu Gunsten des Ehegatten ganz ausschließt, unterliegt es gewiß keinem Bedenken, die entfernteren Verwandten über die vierte Linie hinaus überhaupt von der Intestaterbfolge auszuschließen.

Daß das in den meisten deutschen Rechten in beschränktem Umfange bestehende gesetzliche Erbrecht der natürlichen Kinder gegenüber ihrem Vater abgeschafft werden soll, wird in den Motiven damit begründet, daß nach den anderweiten Vorschriften der §§ 1571 flg.

die uneheliche Erzeugung eine familienrechtliche Beziehung zwischen dem Erzeuger und dem Kinde nicht hervorrufe, und es danach an den Erfordernissen eines Erbrechts fehle. Diese Begründung ist ungenügend, denn Verwandtschaft — natürliche oder künstliche — und nicht die familienrechtliche Beziehung — ist Voraussetzung des gesetzlichen Erbrechts, die Verwandtschaft des natürlichen Kindes zu seinem Vater wird aber in gewissen Beziehungen auch vom Entwurf anerkannt (vergl. § 1236), und auch der Absatz 3 § 30 spricht jene Verwandtschaft nicht ausnahmslos ab. Gerade in Bezug auf die gesetzliche Erbfolge wäre es angezeigt, eine Ausnahme zu machen. Es widerspricht dem in einem großen Rechtsgebiete geltenden Recht und dem herrschenden Rechtsbewußtsein, die natürlichen Kinder gegenüber Seitenverwandten des Vaters von jedem Erbanspruch auszuschließen. Ueberhaupt widerspricht die harte Behandlung der unehelichen Kinder und die im Entwurfe beibehaltene Begünstigung der gewissenlosen natürlichen Väter der Gerechtigkeit, wie in dem Klöppelschen Aufsatze Bd. 33 S. 349, 350 der Beiträge von Rasson und Küntzel sehr gut ausgeführt wird.

Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten findet in dem Entwurfe eine befriedigende Behandlung, denn den Anschauungen und Bedürfnissen der Zeit entspricht es, dem überlebenden Ehegatten überhaupt einen Antheil an dem Nachlasse des Vorverstorbenen zu gewähren, und die einfachste Lösung ist es, den Antheil auf eine bestimmte Quote festzusetzen. Die Bestimmung der Quote hat immer etwas Willkürliches. Den betreffenden Vorschriften des Entwurfes dienen die ähnlichen Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts Thl. II Tit. 1 §§ 621—627 zum Vorbilde, welche sich in der Praxis bewährt haben. Auch der in Abs. 3 § 1971 des Entwurfs dem überlebenden Ehegatten bei der Konkurrenz mit Seitenverwandten, Eltern und Großeltern zugestandene „Voraus", bestehend aus den Hochzeitsgeschenken und dem im gewöhnlichen Gebrauche gewesenen Haushaltsinventar, kann keinem Bedenken unterliegen, da die Härte, welche die Herausgabe dieser Sachen in der Regel für den überlebenden Ehegatten haben würde, nicht im Verhältniß steht zu dem Werthe, welchen die Sachen für die außerhalb des Hausstandes stehenden Erben haben können.

Dagegen ist es nicht zu billigen, daß der Entwurf nur die eingetretene Rechtskraft des die Scheidung aussprechenden Urtheils gelten lassen will als Aufhebungsgrund für das Erbrecht des Ehe-

gatten (vergl. § 1452 und Motive Seite 370, 371). Dadurch, daß die Ehescheidungsklage angestellt ist, hat der Ehegatte den Willen an den Tag gelegt, dasjenige Verhältniß zu lösen, auf welchem das gesetzliche Erbrecht des andern Theils beruht, und der bei dem Tode des Klägers schwebende Prozeß muß, soweit seine Wirkungen über den Hauptgegenstand des Prozesses hinausgehen, von den Erben und gegen die Erben aufgenommen werden können. Wenn die Motive (Seite 371) bemerken, daß Ehescheidungsprozesse häufig verglichen werden, so dürfen solche Ausnahmen nicht als regelmäßiges Ende derartiger Prozesse gelten. Das Rechtsgefühl würde verletzt werden, wenn der Ehegatte, wegen dessen vielleicht schmachvollen Verschuldens auf Scheidung erkannt ist, als gesetzlicher Erbe des andern Theiles zugelassen wird, weil einen Tag vor der Rechtskraft des Urtheils der Tod eingetreten ist. Die thüringischen Erbgesetze und das Allgemeine Landrecht Thl. II Tit. 1 § 827 erklären mit gutem Grunde die Anstellung der Scheidungsklage als entscheidend.

Da nach § 1964 des Entwurfes die gesetzliche Erbfolge sich nach der Zeit des Erbfalles richtet, so ist für das Erbrecht des Ehegatten das Recht desjenigen Wohnsitzes maßgebend, welchen die Eheleute zur Zeit des Todes des zuerst Versterbenden haben. Die landrechtliche Bestimmung (Thl. II Tit. 496) daß bei einem während der Ehe eingetretenen Wechsel des Wohnsitzes der Ueberlebende die Wahl hat, nach den Gesetzen des letzten oder nach denen des ersten Wohnsitzes zu erben, ist nicht aufgenommen, sie verliert auch bei Schaffung eines einheitlichen Erbrechts im ganzen Reiche den größten Theil ihrer Bedeutung.

An Stelle des in letzter Linie zur gesetzlichen Erbschaft berufenen Fiskus des Bundesstaates, welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehört hat, dürfte besser die Gemeinde zu setzen sein, da in der Regel die Beziehungen zu dieser enger sind, als zu dem Bundesstaat, auch derartige Erbschaften für den Fiskus eines ganzen Staates kaum jemals von wirklicher Bedeutung sind, während sie für die Gemeinden bei ihren kleineren Verhältnissen oft von Nutzen sein werden.

Indessen, da es beabsichtigt ist, den Landesgesetzen vorzubehalten, dieses im Entwurf dem Fiskus zugestandene Erbrecht zu Gunsten anderer Personen, zu Gunsten von Gemeinden, sonstigen Korporationen, Stiftungen, Anstalten in Betreff des Vermögens der in ihnen verpflegten Personen, eintreten zu lassen, so hat die ganze Bestimmung im Entwurf nur untergeordnete Bedeutung.

Nicht gehörig motivirt sind die für die gesetzliche Erbfolge des Fiskus gegebenen Ausnahmebestimmungen, und wenn sie einfach gestrichen werden, entsteht schwerlich jemals ein Mißstand daraus. Der Fiskus eines Bundesstaats, welchem die ganze Staatsgewalt zur Verfügung steht, ist wahrlich nicht schutzbedürftiger als die einzelne Privatperson, man kann daher von ihm verlangen, daß für seine Kenntniß des Erbenfalls dieselben Formen gelten sollen, als bei Anderen. Es ist nicht zu rechtfertigen, daß er sich bei Einreichung des Nachlaßverzeichnisses über die vom Nachlaßgerichte gesetzte Frist solle hinwegsetzen dürfen und daß er das Inventarrecht im Prozeß nicht geltend machen brauche. Das Alles sind unnöthige, unberechtigte Bevorzugungen des Fiskus.

Ebensowenig kann man sich befreunden mit der aus keinem Rechtsgrunde abzuleitenden überflüssigen Bestimmung, daß der Fiskus die Erbschaft nicht solle ausschlagen dürfen.

Endlich die Bestimmungen des Entwurfs für den Fall, daß ein gesetzlicher Erbe durch Enterbung, Ausschlagung der Erbschaft oder Erbunwürdigkeit wegfällt, sind zu billigen. Der Entwurf (§ 1972) sagt, daß der so wegfallende Erbe als vor dem Erbfalle gestorben anzusehen sei.

Für den wichtigsten Fall, daß der wegfallende Erbe ein Abkömmling des Erblassers ist und wieder Abkömmlinge hat, bestimmt das Preußische Allgemeine Landrecht schon im Einklange mit dem Ergebniß der Bestimmungen des Entwurfs, daß so oft in einer Linie der nähere Descendent nicht Erbe sein kann oder will, sein Erbrecht auf die von ihm abstammenden Descendenten fällt (Thl. II. Tit. 2 § 352). Im gemeinen Rechte war die herrschende Lehre bisher entgegengesetzt, nämlich dahingehend, daß die ausfallende Erbportion den mit dem wegfallenden Erben zugleich zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Personen zuwuchs. Indessen, da auch schon im gemeinen Recht die neueren Schriftsteller der successio graduum den Vorzug geben vor der Accrescenz, so erscheint es als eine gesunde Fortentwickelung des Rechts, daß der Entwurf dieser billigeren und modernen Auffassung folgt. Eine gewisse Härte liegt allerdings darin, daß in dem gegebenen Falle nur die zur Zeit des Erbfalls schon vorhandenen Abkömmlinge und nicht auch die erst später entstehenden zur Erbfolge gelangen.

Indessen solche Mißstände sind bei Regelung der gesetzlichen Erbfolge nicht ganz zu vermeiden, sie sind die Folge davon, daß man

aus gesunden Billigkeitsgründen abgeht von der logisch richtigeren Bevorzugung der Accrescenz vor der successio graduum.

Auch bei der gesetzlichen Erbfolge in der zweiten Linie kann es nicht zu Unzuträglichkeiten führen, wenn bei dem Wegfall der zur Erbfolge berufenen Mutter oder des Vaters die Abkömmlinge des Wegfallenden treten oder an die Stelle wegfallender Geschwister deren Abkömmlinge, wie dies Alles nach der Vorschrift des Entwurfs zu geschehen hat.

Bedenklicher ist es, daß der Entwurf auch für den Fall der Ausschließung eines Erben die Abkömmlinge desselben so zur gesetzlichen Erbfolge beruft, wie wenn der Ausgeschlossene gestorben wäre, so daß die Kinder des enterbten Kindes zur gesetzlichen Erbfolge berechtigt sind. Indessen dieser Punkt ist praktisch nicht von großer Bedeutung, da der Erblasser, wenn er durch letztwillige Verfügung einen gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausschließt, regelmäßig die Erbfolge selber festsetzen wird, sodaß in diesem Falle überhaupt keine Intestat-Erbfolge eintritt. Einen Pflichttheilsanspruch haben ja die Abkömmlinge eines lebenden gesetzlichen Erben überhaupt nicht (§§ 1975, 1976, 1984).

B. Pflichttheil.

I. Berechtigt zum Pflichttheil sind die zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Abkömmlinge und Eltern, sowie der Ehegatte des Erblassers. (§ 1975). Es sind also ausgeschlossen vom Pflichttheil die Großeltern und weiteren Voreltern, welche alle nach Gemeinem Recht und nach dem Allgemeinen Landrecht pflichttheilsberechtigt sind, ebenso die Geschwister, denen, soweit sie von demselben Vater sind, das Gemeine Recht den Pflichttheil gewährt, wenn eine nicht ehrenhafte Person ihnen vorgezogen ist. Die neuere Rechtsanschauung steht der vorgeschlagenen unbedingten Ausschließung der Geschwister vom Pflichttheil, wie sie im Allgemeinen Landrecht und anderen Gesetzen bereits ausgesprochen ist, zur Seite; es läßt sich dagegen nichts sagen. Mehr Widerspruch wird die Ausschließung der Großeltern und weiteren Voreltern erfahren, weil in ihrer Uebergehung stets ein Akt der Unkindlichkeit liegt. Indessen bei der Seltenheit der Fälle hat es praktisch keine große Bedeutung, ob die Neuerung des Entwurfes hier ins Leben tritt oder nicht.

Voraussetzung der Berechtigung zum Pflichttheil ist, daß der Pflichttheilsberechtigte an und für sich zur Zeit des Erbfalls zur

gesetzlichen Erbfolge berechtigt sein würde, und daß nicht etwa sein gesetzliches Erbrecht durch besondere Umstände, Ausschließung eines anderen Erben oder Ausschlagung der Erbschaft Seitens eines Andern oder dergleichen erst begründet wird. Daraus folgt, daß die Eltern des Erblassers einen Pflichttheilsanspruch nur haben, wenn kein an sich zur gesetzlichen Erbfolge berechtigter Abkömmling vorhanden ist, einerlei, ob diesem selber in dem gegebenen Falle ein Pflichttheilsanspruch noch zustehen würde oder nicht, denn so lange ein Abkömmling des Erblassers vorhanden ist, fehlt den Eltern die Berufung zur gesetzlichen Erbfolge. (§ 1970). Ebenso ist Folge jener Bestimmung, daß auch die Abkömmlinge eines vorhandenen an sich pflichttheilsberechtigten Abkömmlings kein Pflichttheilsrecht haben, wenn auch das Pflichttheilsrecht ihres Ascendenten ausgeschlossen oder ausgeschlagen ist, denn der entferntere Abkömmling wird von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen durch einen beim Erbfall noch lebenden näheren Abkömmling, sofern er durch diesen mit dem Erblasser verwandt ist. (§ 1965.)

II. Der Pflichttheil ist die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheils (§ 1975), das heißt des Erbtheils, in welchen der Berechtigte vermöge der den Pflichttheilsanspruch für ihn begründenden Beziehung bei der gesetzlichen Erbfolge berufen sein würde. Der wegen des ehelichen Verhältnisses zum Pflichttheil berechtigte Ehegatte hat daher als Pflichttheil nur in Anspruch zu nehmen die Hälfte desjenigen Erbtheils, welchen er als Ehegatte und nicht auch die Hälfte desjenigen Erbtheils, welchen er etwa vermöge gesetzlicher Erbfolge außerdem als Seitenverwandter zu beanspruchen haben würde. (§ 1975 Absatz 2.)

Da der Pflichttheil nicht auf die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils selbst geht, sondern nur auf den Werth dieser Hälfte, so folgt daraus, daß der Pflichttheilsberechtigte überhaupt kein Erbrecht hat, keinen Anspruch auf einen Antheil des Nachlasses, sondern nur auf eine Geldleistung, und daß die durch letztwillige Verfügung erfolgende Zuwendung des Pflichttheils im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen ist. (§§ 1976, 1977.)

Daraus, daß dem Pflichttheilsanspruch der Charakter eines bloßen Werthsanspruchs beigelegt ist, folgen die weiteren Bestimmungen des Entwurfs.

Die Annahme des gedachten Prinzips wird in den Motiven (Seite 386, 387) gerechtfertigt durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit

und durch die mit dem Pflichttheils**erbrechte** verbundenen ökonomischen Nachtheile. Das sind alles bloße Zweckmäßigkeitsgründe. Es kann ihre Richtigkeit zugegeben werden, sie müssen aber zurücktreten hinter die ethischen Gründe, welche — das erkennen die Motive selber an — überwiegend für das wirkliche Erbfolgerecht des Pflichttheilsberechtigten sprechen. Es heißt in den Motiven mit Recht:

> Die Ehre der Erbeinsetzung hat neben der äußeren auch eine innere Bedeutung. Der Pflichttheilsberechtigte, welcher nur einen Werthanspruch hat, entbehrt der Sicherheit, welche ihm die Erbeigenschaft gewährt; ihm wird das Miteigenthum an dem Nachlasse entzogen, er wird auf eine Schätzung des Nachlasses verwiesen, bei welcher Gegenstände, welche keinen Geldwerth haben, ohne Weiteres und ohne jeden Ersatz dem Erben zufallen.

Diese Gründe sind unbestreitbar. Das Erbrecht der nächsten Verwandten, insbesondere der Kinder, entspricht dem natürlichen Rechtsgefühl aller Völker, seine Einschränkung durch die Testirfreiheit ist eine zwar nicht mehr rückgängig zu machende Folge des Eindringens der römischen Rechtsgrundsätze in die Gesetze der modernen Staaten; aber es darf die Rechtsanschauung, daß die gesetzliche Erbfolge der Verwandten das Natürliche ist, nicht geradezu umgekehrt werden, nicht die Erbfolge aus Testament als normaler und besonders heilig zu haltender Rechtszustand gelten. Dem Rechtsgefühle widerstrebt es, daß ein Erblasser die Befugniß haben soll, durch letztwillige Verfügung seinen ganzen Nachlaß Fremden zuzuwenden und die eigenen Kinder dergestalt auszuschließen, daß sie aus dem Vaterhause gehen müssen und ein bloßes ungesichertes, im Prozeß geltend zu machendes Forderungsrecht an den Erben erhalten. Nicht nur, daß ihnen die eine Hälfte ihres gesetzlichen Erbtheils genommen wird, sie erhalten überhaupt gar keine dinglichen Rechte am Nachlasse, sondern eine bloße Geldforderung an die Person des Erben. Das sind unnöthige und ungerechte Härten gegen den Notherben, welchem der Erblasser möglicherweise nicht den geringsten Vorwurf zu machen hat. Es ist nicht wahr, wenn die Motive sagen: „der Erblasser, welcher **pflichtwidrig** über seinen Gesammtnachlaß verfügt, greift nicht in eine fremde Rechtssphäre ein". Allerdings thut er das; er verfügt über Theile seines Nachlasses, über welche er nicht verfügen darf. Worin bestände denn sonst die Pflichtwidrigkeit, welche die Motive doch annehmen? (Vergleiche den **Klöppel**'schen Aufsatz über

das Familien- und Erbrecht des Entwurfs, Seite 354 bis 360 Band 33 der Beiträge von Rasson und Küntzel). Hiernach sprechen überwiegende Gründe dafür, den Pflichttheil nicht als Werthsforderung, sondern als Erbtheil anzuerkennen, dahin, daß der Pflichttheilsberechtigte Erbe ist auf Höhe der Hälfte desjenigen Erbtheils, auf welche er als gesetzlicher Erbe berufen sein würde. Allerdings ist zu Gunsten der Bestimmungen des Entwurfs zu sagen, daß die Auffassung des Pflichttheilsrechts als eines bloßen Werthanspruchs bereits die Auffassung des Preußischen Allgemeinen Landrechts ist, wenigstens nach der jetzt herrschenden Ansicht, (vergleiche Dernburg Preußisches Privatrecht Band 3 § 196 und Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band 6 Seite 247) und daß ihr auch de lege ferenda die Autorität von Dernburg (vergleiche Band 3 § 196 am Schluß) zur Seite steht.

Der Bruchtheil „die Hälfte" des gesetzlichen Erbtheils ist gewählt theils im Interesse der Einfachheit, theils weil es nicht angemessen erachtet ist, daß der Erblasser je nach der Zahl der erbberechtigten Verwandten eine erweiterte oder beschränkte Verfügungsbefugniß habe. Die Bestimmung der Quote hat immer eine gewisse Willkürlichkeit, der gewählte Bruchtheil entspricht dem Durchschnitt der in den verschiedenen Rechtsgebieten geltenden Quoten und bildet daher eine annehmbare Ausgleichung zwischen der dem Erblasser in gewissen Grenzen unerläßlichen Freiheit, sein Haus zu bestellen, auf der einen Seite, und dem natürlichen Erbrechte der nächsten Verwandten auf der andern Seite.

III. Die Berechnung der den Pflichttheil darstellenden Geldleistung geschieht nach folgenden Grundsätzen:

A. Bei Feststellung der Größe des Pflichttheils werden diejenigen Personen mitgezählt (§ 1984):

a) welche die Erbschaft ausgeschlagen haben,
b) welche durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen sind,
c) welche für erbunwürdig erklärt sind.

B. Der Pflichttheil bestimmt sich nach dem Bestande des Vermögens des Erblassers zur Zeit des Erbfalles (§ 1985), das ist: des Todes des Erblassers (§ 1749). Hiernach bleiben spätere Werthserhöhungen und Werthsverminderungen außer Betracht, ebenso die späteren Nutzungen. Die Erzeugnisse der Nachlaßsachen werden nur berücksichtigt, soweit sie schon zur Zeit des Erbfalles getrennt sind;

die Erträge, welche die zum Nachlasse gehörigen Sachen oder Rechte als Vergütung für den einem Dritten überlassenen Gebrauch oder Fruchtgenuß, oder in Zinsen, oder in Gewinnantheilen gewähren, werden mit einem der Zeitdauer bis zum Erbfalle entsprechenden Bruchtheile zum Nachlaß gerechnet, die anderen Früchte dagegen nur soweit sie vorher fällig geworden sind (§§ 793, 794).

Obwohl hiernach der Pflichttheilsberechtigte an den Nutzungen der Hinterlassenschaft keinen Antheil nimmt, gebühren ihm dennoch keine Zinsen von dem Pflichttheile, solange nicht der Schuldner des Pflichttheils durch Mahnung in Verzug gesetzt ist (§ 245).

Diese Mahnung ist an sich sofort nach dem Erbfall zulässig, da der Anspruch mit dem Erbfall kraft Gesetzes zur Entstehung gelangt (§ 1992), sie wird indessen meistens erst später ausführbar sein, da regelmäßig einige Zeit vergehen muß, bevor dem Pflichttheilsberechtigten die Person des Schuldners bekannt wird (vergl. Motive Seite 417).

C. Bei der Berechnung des Pflichttheils sind alle zum Nachlasse gehörenden Gegenstände und alle Verbindlichkeiten und Lasten des Nachlasses nach dem Werthe zur Zeit des Erbfalles in Ansatz zu bringen (§ 1986). Der Werth ist, auch wenn der Erblasser ihn bestimmt hat, durch Schätzung festzustellen, es kann also nicht meistbietender Verkauf zur Ermittelung des Werths verlangt werden. Für die Behandlung bedingter, ungewisser und unsicherer Rechte und Verbindlichkeiten sind besondere Vorschriften gegeben, welche im Wesentlichen darauf abzielen, daß die Ungewißheit nur so weit sie zur Gewißheit wird, Berücksichtigung findet.

Dem neben Verwandten der zweiten Linie oder neben Großeltern berufenen Ehegatten des Erblassers gebühren bei der gesetzlichen Erbfolge das im gewöhnlichen Gebrauche der Eheleute befindlich gewesene Hausinventar und die Hochzeitsgeschenke im Voraus (§ 1971). Dieser Voraus wird nicht als zum Nachlaß gehörig gerechnet, wenn es sich um Ermittelung des Pflichttheils des Vaters oder der Mutter handelt, vorausgesetzt, daß der Ehegatte diesen Voraus erhält, dagegen wird er bei Bestimmung des Pflichttheils des Ehegatten als zum Nachlaß gehörend mitberechnet (§ 1987).

Der Anspruch des Ehegatten besteht in den Fällen der gesetzlichen Erbfolge, wo ihm der Voraus gebührt, in dem Voraus und in der Hälfte des übrigen Nachlasses (§ 1971). Sein Pflichttheil ist in diesem Falle der Werth eines Viertheils des Nachlasses einschließlich

des Voraus, und er hat nicht etwa Anspruch auf den halben Werth des Voraus. Der § 1987 Absatz 1 bestimmt das ausdrücklich, es folgt das aber eigentlich schon daraus, daß der Voraus kein Erbtheil ist, sondern nur die Natur eines Vermächtnisses hat (§ 1971), der Pflichttheilsanspruch aber dem Werthe des halben Erbtheils gleichkommen soll.

D. Dem Werthe des Nachlasses werden behufs Berechnung des Pflichttheils hinzugerechnet in jedem Falle diejenigen Zuwendungen, welche nach dem unter VI gesagten der den Pflichttheil Fordernde sich selber auf den Pflichttheil anrechnen lassen muß. In dem besonderen Falle, wenn der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist (nicht auch wenn es sich um Berechnung des Pflichttheils des Ehegatten handelt), muß dem Werthe des Nachlasses ferner das hinzugerechnet werden, was ein anderer zur Erbfolge gelangender Abkömmling im Falle der gesetzlichen Erbfolge gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten zur Ausgleichung zu bringen hätte (§ 1990). Es sind dies:

1. dasjenige, was der Erblasser einem Abkömmling wegen dessen Verheirathung, Errichtung eines eigenen Hausstandes, Uebernahme eines Amtes, Begründung eines Erwerbsgeschäftes oder einer sonstigen selbstständigen Lebensstellung zugewendet hat, ohne bei der Zuwendung die Ausgleichung verboten zu haben (§§ 2158, 2160),
2. Zuwendungen, bei deren Vornahme der Erblasser die Ausgleichung angeordnet hat (§§ 2159, 2161).

IV. Eine Verletzung des Pflichttheils liegt dann nicht vor:

a) wenn der Pflichttheil dem Pflichttheilsberechtigten vom Erblasser ohne nähere Bestimmung ausgesetzt ist (§ 1977),
b) wenn er auf Höhe der Hälfte seines gesetzlichen Erbtheils ohne jede Einschränkung zum Erben berufen ist (§ 1979),
c) wenn die nach dem zu VI gesagten auf den Betrag des Pflichttheils abzurechnenden Zuwendungen den Betrag des Pflichttheils übersteigen oder erreichen (§ 1989).

In diesen Fällen fehlt jeder Grund zur Erhebung weiterer Ansprüche, denn in den ersten beiden Fällen erhält der Pflichttheilsberechtigte durch die Anordnung des Erblassers dasselbe, was er durch Verfolgung des Pflichttheilsanspruches erreichen soll, und in dem dritten Falle ist er bereits anderweit wegen seines Anspruchs befriedigt. Dasselbe müßte eigentlich gelten, wenn der Pflichttheils-

berechtigte mit einem, dem Geldwerthe nach den Betrag des Pflichttheils erreichenden unbeschwerten Vermächtnisse bedacht ist. Nach positiver Vorschrift des § 1980 soll aber in jedem Falle, wo der Pflichttheilsberechtigte mit einem Vermächtnisse bedacht ist, ihm das Wahlrecht zustehen, entweder das Vermächtniß auszuschlagen, oder dasselbe anzunehmen, in welchem letzteren Falle er sofern etwa der Geldwerth des Vermächtnisses den Pflichttheilsbetrag nicht erreicht, den fehlenden Betrag in Anspruch nehmen kann. Bei Berechnung des Geldwerthes des Vermächtnisses, wenn der Pflichttheilsberechtigte es annimmt, kommen etwanige auf dem Vermächtnisse ruhende Beschränkungen oder Beschwerungen nicht in Rechnung (§§ 1982, 1981 Absatz 2).

V. Die Verletzung des Pflichttheilsrechts kann darin bestehen:

a) daß der Pflichttheil ganz entzogen ist,
b) daß die Zuwendung den Geldwerth des Pflichttheils nicht erreicht,
c) daß die Zuwendung oder das dem Pflichttheilsberechtigten belassene gesetzliche Erbrecht Beschränkungen unterworfen ist. Darunter wird jede Beschwerung der Zuwendung oder des Erbtheils verstanden insbesondere: wenn der Pflichttheilsberechtigte nur als Ersatzerbe oder als Nacherbe berufen, wenn ihm ein Nacherbe gesetzt, wenn er durch die Ernennung eines Testaments-Vollstreckers beschränkt oder durch ein Vermächtniß, oder eine Auflage beschwert ist (§ 1981).

In dem Falle zu a ist der Anspruch des Pflichttheilsberechtigten einfach auf Zahlung des Geldwerthes des Pflichttheils zu richten (§ 1978). Dieser Fall der gänzlichen Entziehung des Pflichttheils liegt vor sowohl bei der ausdrücklichen Entziehung jeder Zuwendung, als auch bei der einfachen Uebergehung des Pflichttheilsberechtigten, vorausgesetzt, daß die Uebergehung eine absichtliche ist. Bei irrthümlicher Uebergehung des Pflichttheilsberechtigten braucht derselbe sich nicht mit dem Pflichttheil zu begnügen, sondern kann die letztwillige Verfügung des Erblassers anfechten (§§ 1782, 1784, 1929).

In dem Falle zu b ist zu unterscheiden, ob der Pflichttheilsberechtigte nur mit einem Vermächtnisse bedacht ist, wo er dann das eben (unter IV) gedachte Wahlrecht hat (§ 1980) oder ob er auf einen hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbtheils zurückbleibenden Erbtheil berufen ist. Wenn letzteres geschehen ist, so besteht der Pflichttheilsanspruch in dem Anspruch gegen die Miterben auf Zahlung

des Geldwerths desjenigen Theils der Erbschaft, um welchen der dem Pflichttheilsberechtigten hinterlassene Erbtheil hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbtheils zurückbleibt (§ 1979).

In dem Falle zu c, wenn die Zuwendung mit Beschränkungen belastet ist, hat der Pflichttheilsberechtigte, sofern die Zuwendung als Vermächtniß geschehen ist, auch hier das oben (unter IV) gedachte Wahlrecht (§ 1980). Sofern er aber als berufener oder als gesetzlicher Erbe durch die Anordnung des Erblassers beschränkt oder beschwert ist, — was jedoch nicht angenommen wird bei Wegfall der Beschränkung oder Beschwerung vor Ausschlagung der Zuwendung — kann der Pflichttheilsberechtigte unter Ausschlagung der Erbschaft den Pflichttheilsanspruch so geltend machen, wie wenn er von der Erbfolge ausgeschlossen wäre. Schlägt er die Erbschaft nicht aus, so kommt bei Berechnung des Pflichttheils der ausgeschlagene Erbtheil als nicht beschränkt und nicht belastet in Rechnung (§ 1981).

VI. Auf den Betrag des Pflichttheilsanspruchs sind einzurechnen (§ 1989):

1. eine durch Veräußerung vollzogene Schenkung, welche von dem Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten unter der Bedingung gemacht ist, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe, oder diesen nicht überlebe,
2. eine vom Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten gemachte Zuwendung, bei deren Vornahme der Erblasser die Abrechnung auf den Pflichttheil angeordnet hat,
3. sofern der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist, alles dasjenige, was er im Falle der gesetzlichen Erbfolge bei Vorhandensein sonstiger Abkömmlinge zur Ausgleichung bringen müßte, nach Maßgabe der oben unter III D. angegebenen Grundsätze.

Bei den Zuwendungen zu 1. und 2. gilt die Auslegungsregel, daß, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß sie auf den Erbtheil angerechnet oder nicht angerechnet, daß sie zur Ausgleichung gebracht oder nicht gebracht werden soll, im Zweifel anzunehmen ist, daß auch die Anrechnung auf den Pflichttheil erfolgen soll oder nicht erfolgen soll.

Der abzurechnende Betrag bestimmt sich nach dem Werthe, welchen der Gegenstand der Zuwendung zur Zeit der Zuwendung gehabt hat.

VII. Dem Pflichttheilsberechtigten, welcher nicht Miterbe ist, gegenüber ist der Erbe, das heißt der Erbe, welcher nach dem unter VIII Gesagten den Pflichttheil herauszugeben hat, verpflichtet,

über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu geben (§ 1988). Damit ist nach § 777 die weitere Verpflichtung verbunden, dem Berechtigten auf dessen Verlangen ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen und den Offenbarungseid zu leisten dahin:

daß er den Bestand vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe,

oder in einer vom Gericht der Sachlage entsprechend beschlossenen geänderten Norm. Zur Leistung des Eides, für dessen Abnahme das Amtsgericht des Wohnorts des Pflichtigen im Deutschen Reiche oder in Ermangelung solchen Wohnortes das Amtsgericht des Aufenthaltsorts zuständig ist, kann sowohl der Berechtigte als auch der Pflichtige laden. (Vergleiche Entwurf § 777 und Civilprozeßordnung §§ 780, 781.) Dagegen ist dem Pflichttheilsberechtigten nicht das Recht gegeben, die Errichtung und Vorlegung eines vollständigen Inventars nach Maßgabe des § 2015 zu fordern.

Eine Anordnung des Erblassers, durch welche der Erbe von einer der vorgedachten ihm gesetzlich obliegenden Verpflichtungen befreit wird, ist unwirksam. Es würde darin ja eine Verkürzung, beziehungsweise Beschränkung des Pflichttheilsanspruchs liegen. Ebenso soll nach positiver Vorschrift (§ 1988) ein Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Pflichttheilsberechtigten über Befreiung des Erben von der einen oder der andern oben gedachten Verpflichtung unwirksam sein. Diese Vorschrift, welche in den Motiven nicht weiter begründet wird, ist nicht zu billigen, denn, da der Pflichttheilsberechtigte nach § 2019 durch Vertrag mit dem Erblasser auf seinen ganzen Pflichttheilsanspruch verzichten kann, muß er auch auf gewisse aus dem Pflichttheilsanspruch hervorgehende Nebenrechte durch Vertrag verzichten dürfen. Durch solchen Verzicht wird weder ein öffentliches, noch ein Privatinteresse beeinträchtigt.

Wenn der Pflichttheilsberechtigte Miterbe ist, also wenn er zum Erben berufen ist, sind ihm die obengedachten Rechte gegen die andern Erben nicht besonders zugesprochen, sie stehen ihm aber dennoch zu gegen den Besitzer der Erbschaft auf Grund seiner Eigenschaft als Miterbe nach dem allgemeinen Grundsatze des § 777, wonach, wer einen Inbegriff von Vermögensgegenständen ganz oder zu einem Bruchtheil herauszugeben verpflichtet ist, dem Berechtigten auf Verlangen ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen und den Offenbarungseid zu leisten hat.

VIII. Der Pflichttheilsanspruch kommt kraft des Gesetzes mit dem Erbfall zur Entstehung, er wird vererbt und ist übertragbar;

er unterliegt aber der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung, sowie der Heranziehung zur Konkursmasse nur dann, wenn er von dem Berechtigten bereits gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemacht ist (§ 1992). Damit ist der bisher vielfach bestrittene Grundsatz anerkannt, daß der Pflichttheilsanspruch nicht wider Willen des Berechtigten verfolgt werden kann. Was unter Geltendmachung des Pflichttheilsanspruchs verstanden wird, sagen weder das Gesetz noch die Motive. Es wird hierher gehören jede dem Erben gegenüber abgegebene ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, den Pflichttheil zu fordern, denn ein Recht geltend machen ist gleichbedeutend mit der Erklärung, daß man das Recht in Anspruch nimmt, solche Erklärung kann aber nicht zur Verwirklichung des Rechts führen, wenn der Verpflichtete nichts davon erfährt. Jedoch muß auch hier der Grundsatz des § 74 gelten, daß als Zeitpunkt der Willenserklärung, vorausgesetzt, daß sie dem andern Theile überhaupt zugeht, schon die Zeit der Abgabe der Erklärung gilt.

IX. Der Pflichttheilsanspruch richtet sich gegen den Erben (§ 1977), er ist eine Forderung an den Nachlaß, und die Verbindlichkeit des Erben ist eine Nachlaßverbindlichkeit. Daraus folgt, daß der Erbe sie wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses verweigern darf (§ 2092 Absatz 2), sofern er sich das Inventarrecht (beneficium inventarii) gewahrt hat, und daß auf jedem Erben, entsprechend dem im § 2051 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze, die Verbindlichkeit nur nach Verhältniß seines Erbtheils ruht (§ 1994). Für das Verhältniß der Erben zu einander, der Erben zu den Vermächtnißnehmern und der Vermächtnißnehmer untereinander entscheidet dagegen in erster Reihe die Bestimmung des Erblassers. Dies ist zweimal ausgesprochen (§§ 1994, 1998). Der Pflichttheilsberechtigte selber ist an solche Anordnung nicht gebunden. Es würde ja darin eine Beschränkung, also Verkürzung seines Pflichttheilsanspruchs liegen.

Hat der Erblasser nichts angeordnet, so gelten für die nachgedachten besonderen Fälle folgende Vorschriften in Betreff des Verhältnisses der Erben und Vermächtnißnehmer zu einander:

1. Wenn in Folge der Ausschließung des Pflichttheilsberechtigten von der Erbfolge ein Anderer als gesetzlicher Erbe eingetreten ist, so hat dieser die Last aus dem Pflichttheilsanspruch des Ausgeschlossenen und sofern Letzterer mit einem Vermächtnisse bedacht ist, auch dieses Vermächtniß in Höhe des erlangten Vortheils zu tragen

(§ 1995). Gedacht ist hier an die Fälle, in welchen der entzogene Erbtheil den Abkömmlingen des von der Erbfolge Ausgeschlossenen, oder einem einzelnen Miterben zukommt, indem in solchem Falle die gegebene Vorschrift als dem vermuthlichen Willen des Erblassers entsprechend angenommen wird (Motive Seite 422).

2. Wird durch Ausschlagung einer Zuwendung oder durch Ausschlagung der in Gemäßheit gesetzlicher Erbfolge angefallenen Erbschaft der Pflichttheilsanspruch begründet, so ist (aber immer nur wenn keine Bestimmung des Erblassers selbst für diesen Fall vorhanden ist) im Verhältniß mehrerer Erben zu einander, der Erben zu den Vermächtnißnehmern und der Vermächtnißnehmer untereinander die Pflichttheilslast von Demjenigen, welchem die Ausschlagung zu Statten kommt in Höhe des erlangten Vortheils zu tragen (§ 1996). Die Willensmeinung des Gesetzes ist hier nicht gut ausgedrückt. Der erste Satz des § 1996 hat, wie aus den Motiven (Seite 432) hervorgeht im Sinne den Fall, wo dem Pflichttheilsberechtigten ein beschränkter Erbtheil oder ein Vermächtniß zufällt, und er von seinem Rechte Gebrauch macht, die Zuwendung auszuschlagen. Es ist ungenau, wenn in diesen Fällen davon gesprochen wird, daß der Pflichttheilsanspruch durch Ausschlagung der Zuwendung begründet werde, vielmehr ist er schon durch den Erbfall begründet, es wird nur durch jene Ausschlagung der Umfang seines Anspruchs bestimmt. Die Fassung müßte daher so lauten:

> Hat der Pflichttheilsberechtigte von der Befugniß Gebrauch gemacht, ein ihm zugedachtes Vermächtniß oder die Erbfolge auszuschlagen, so ist u. s. w.

wobei es gleichgültig ist, ob die ausgeschlagene Erbfolge durch Testament oder als gesetzliche auf ihn gekommen war. Es verdienen folgende Fälle hierbei einer besonderen Betrachtung:

a) Der gesetzliche Erbe, sei es weil ein Testamentsvollstrecker bestellt ist, sei es, weil Vermächtnisse ausgesetzt, oder seinem Erbtheile sonstige Beschränkungen aufgelegt sind, schlägt die Erbfolge aus und fordert den Pflichttheil. In diesem Falle wird er nach § 1972 in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge als vor dem Erbfalle gestorben angesehen. Der Erbtheil, welchen er kraft gesetzlicher Erbfolge erhalten hätte, fällt an seine Kinder oder Geschwister oder an den Ehegatten des Erblassers, oder wer sonst gesetzlicher Erbe sein mag, und es ist natürlich, daß diese im Verhältniß zu den Miterben

für den Pflichttheilsanspruch mit dem ganzen ihnen in Folge der Ausschlagung zugefallenen Erbtheile eintreten müssen, denn sie erhalten denselben ja nur, weil der Pflichttheilsanspruch statt jenes Erbtheils gewählt ist.

b) Wenn der Pflichttheilsberechtigte als Erbe eingesetzt ist, und statt des Erbtheils den Pflichttheil zu wählen berechtigt ist und wählt, so fällt der ausgeschlagene Erbtheil nach § 1797 Absatz 2 kraft des Anwachsungsrechts einem oder mehreren Erben zu. In diesem Falle müssen diejenigen, denen der ausgeschlagene Erbtheil anwächst, in Höhe desselben die Pflichttheilslast tragen.

c) Besteht die ausgeschlagene Zuwendung in einem Vermächtniß, so haben diejenigen Erben oder Vermächtnißnehmer, denen der Fortfall des ausgeschlagenen Vermächtnisses des Pflichttheilsberechtigten zu Gute kommt, in Höhe dieses Vortheils die Pflichttheilslast zu tragen.

d) Ruhen auf dem vom Pflichttheilsberechtigten ausgeschlagenen Erbtheile oder Vermächtnisse weitere Vermächtnisse oder Auflagen, so ist derjenige, welchem die Ausschlagung zu Statten kommt, für die Beschwerung ebenso verpflichtet, wie der Ausschlagende es gewesen wäre, jedoch nur in Höhe desjenigen, was nach Abzug des Pflichttheilsanspruchs übrig bleibt. (§ 1996 Absatz 2). Das praktische Ergebniß wird in solchen Fällen der Regel nach das sein, daß der Vermächtnißnehmer schließlich den Betrag aufbringt in Höhe dessen das dem Pflichttheilsberechtigten Zugewendete unter dem Betrage des Pflichttheils geblieben ist.

e) Soweit nach den vorigen Bestimmungen ein Erbe die Pflichttheilslast nicht nur den Pflichttheilsberechtigten gegenüber, sondern auch im Verhältniß zu den Miterben und den Vermächtnißnehmern zu tragen hat, kann er die Vollziehung der Vermächtnisse oder Auflagen, mit denen er selbst beschwert ist, in dem Maße verweigern, daß die Pflichttheilslast von ihm nur nach Verhältniß des nach Abzug der Nachlaßverbindlichkeiten sich ergebenden Werthes der Erbschaft zu dem Werthe der Vermächtnisse und Auflagen getragen wird. (§§ 1993, 1997).

X. Der Pflichttheilsanspruch verjährt mit dem Ablauf von drei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem

der Pflichttheilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der Verfügung, durch welche sein Pflichttheilsrecht beeinträchtigt ist, Kenntniß erhalten hat (§ 1999). Die Setzung einer kürzeren als der ordentlichen Verjährungsfrist bedarf keiner besonderen Rechtfertigung, da sie für die eigentliche Pflichttheilsklage überall gebräuchlich ist. Die Wahl der dreijährigen Frist ist zweckmäßig, da die zwei Jahre des Preußischen Allgemeinen Landrechts bei verwickelten Verhältnissen oft nicht ausreichen, um eine Uebersicht des Nachlaßbestandes zu erlangen, die im Gemeinen Recht in Bayern, Württemberg und in andern Landesrechten geltende fünfjährige Frist aber die Nachlaßregulirung zu lange verzögern kann.

Daß die Verjährung des Pflichttheilsanspruchs erst mit Kenntniß der verletzenden Verfügung beginnt und nicht, wie bei der gewöhnlichen Verjährung, mit der Entstehung des Pflichttheilsanspruchs, das heißt mit dem Erbfall (§ 1992 Absatz 1), steht im Einklange mit den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, entspricht den analogen Vorschriften über Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des Schadens aus unerlaubter Handlung (§ 719) und rechtfertigt sich durch die Kürze der Frist, welche sonst leicht zu Härten führen könnte, wenn dem Pflichttheilsberechtigten die ihm widerfahrene Verletzung oder gar der Erbfall unbekannt geblieben sind. Bei der von Antretung der Erbschaft Seitens des Testamentserben nach gemeinem Recht laufenden Verjährungsfrist der querela inofficiosi testamenti ist die Gefahr gemildert durch die längere Dauer und durch die bei entschuldbarem Irrthume dem Berechtigten gewährten Hülfen gegen die Klagverjährung, welche Hülfen der Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuche nicht kennt. Es wird nur die Kenntniß der Verfügung, durch welche die Verletzung im Pflichttheile erfolgt, nicht die Kenntniß von der wirklichen Verletzung erfordert. Damit ist einem im Preußischen Rechte mehrfach vorgekommenen Streite vorgebeugt. Das ist zweckmäßig, denn es wird kaum vorkommen, daß der Pflichttheilsberechtigte nicht innerhalb dreier Jahre nach Kenntniß der ihn betreffenden letztwilligen Verfügung sollte erkennen können, ob er dadurch im Pflichttheile verletzt ist. Sollte dagegen in jedem einzelnen Falle, wo die Verjährung des Pflichttheilsanspruches eingewendet wird, zur Begründung des Einwandes der Nachweis der Kenntniß des Pflichttheilsberechtigten von der Verletzung verlangt werden, so würde dadurch in den meisten Fällen die Verjährung überhaupt ausgeschlossen sein.

Wird gegen den Pflichttheilsanspruch die Verjährung eingewendet, so

hat der Einwendende die zur Begründung der Verjährung erforderlichen Thatsachen, also auch den Beginn der Verjährung, das heißt die Kenntniß der den Pflichttheil beeinträchtigenden Verfügung zu beweisen (§ 193).

Die jede Anspruchsverjährung hemmenden und unterbrechenden Umstände (§§ 161—180) hemmen und unterbrechen auch die Verjährung des Pflichttheilsanspruchs. Insbesondere wird hier häufig die Unterbrechung der Verjährung herbeigeführt werden durch Anerkenntniß des Verpflichteten im Nachlaßregulirungsverfahren (§ 169). Ist das Anerkenntniß nicht von sämmtlichen Erben abgegeben, welche nach dem oben (unter IX) Gesagten dem Pflichttheilsberechtigten nach Verhältniß ihrer Erbtheile haften (§ 1994), so ist die Verjährung nur dem anerkennenden Erben, nicht aber auch den anderen Erben gegenüber unterbrochen, und der Pflichttheilsanspruch gegen die Letzteren verjährt (vergleiche §§ 320, 335, 336).

Der Pflichttheilsanspruch geht, wie jeder Anspruch verloren durch vertragsmäßigen Erlaß des Anspruchs oder vertragsmäßiges Anerkenntniß des Nichtbestehens des Anspruchs (§ 290). Der Entwurf sagt nichts darüber, ob auch durch Anerkenntniß der verletzenden Verfügung des Erblassers Seitens des Pflichttheilsberechtigten der Verlust des Pflichttheilsanspruchs begründet wird, wie der Fall ist nach dem Allgemeinen Landrecht (Theil II Titel 2 § 438), und ob in der Annahme eines Vermächtnisses ein solches Anerkenntniß zu finden ist, worüber das Allgemeine Landrecht widersprechende Vorschriften enthält (Theil I Titel 12 § 612, Theil II Titel 2 § 439), während das römische Recht diese Frage bejaht. (L. 95 de acq. vel omitt. hered. 29. 2.). Nach dem Entwurf ist in diesen Fällen ein vertragsmäßiger Erlaß des Pflichttheilsanspruchs nicht ohne Weiteres anzunehmen; sondern in jedem einzelnen Falle ist zu prüfen, in wie weit das Verhalten des Pflichttheilsberechtigten nach den begleitenden Umständen einen stillschweigenden Erlaß des Pflichttheilsanspruchs enthält oder nicht. Wenngleich die ausdrückliche Erklärung nicht vorgeschrieben, sondern der Erlaßvertrag frei von jeder Form ist, so wird doch in den Fällen der gedachten Art im Zweifel ein Erlaß nicht zu finden sein, weil die angeführten Handlungen für sich allein nicht mit Zuverlässigkeit den Willen des Pflichttheilsberechtigten erkennen lassen, auf seine weitergehenden Ansprüche verzichten zu wollen.

XI. Das in Deutschland geltende Recht, abgesehen vom französischen Rechte, giebt dem Erblasser die Befugniß, unter gewissen

Voraussetzungen den Pflichttheilsberechtigten zu enterben. Der Entwurf schließt sich dem an, er vermeidet aber den Ausdruck „Enterbung", weil der Pflichttheilsberechtigte kein Erbrecht, sondern nur einen Pflichttheilsanspruch hat; er spricht von „Entziehung des Pflichttheils" und versteht darunter die Anordnung des Erblassers, daß der Pflichttheilsberechtigte den Pflichttheil gar nicht oder nur zum Theile, oder mit Beschränkungen oder Beschwerungen erhalten soll. (§ 2000). Solche Anordnung ist nur gültig, wenn sie in einer letztwilligen Verfügung (Testament oder Erbeinsetzungsvertrag, vergleiche Motive Seite 247) unter Angabe des Grundes erklärt ist, und wenn zur Zeit der Anordnung einer der für solche Anordnung vom Gesetze bestimmten besonderen Gründe vorhanden war. Nur aus den vom Gesetze zugelassenen Gründen kann also der Pflichttheil beeinträchtigt werden, die analoge Anwendung der Gründe auf andere ähnliche Fälle ist unstatthaft. Das ist zu billigen, denn nur durch Spezialisirung der einzelnen Fälle und Ausschließung der analogen Anwendung, läßt sich den Streitigkeiten, welche fast mit jeder Pflichttheilsentziehung verbunden sind, eine Grenze setzen. Auch entspricht das dem im größten Theile des deutschen Reichs geltenden Rechte. (Motive Seite 429.) Ebenso ist es richtig, daß der Entwurf die Streitfrage wegen der Beweislast im Falle des Prozesses über Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Pflichttheilsentziehung in § 2008 dahin entschieden hat, daß der Beweis des vom Erblasser zur Rechtfertigung der Entziehung des Pflichttheils angegebenen Grundes Demjenigen obliegen soll, welcher die Entziehung geltend macht. Das entspricht der herrschenden Gerichtspraxis und der allgemeinen Vorschrift des § 193, wonach wer die Aufhebung eines Anspruchs (des vom Gesetz begründeten Pflichtheilsanspruchs) geltend macht, die Thatsachen (das heißt alle Thatsachen) zu beweisen hat, welche zur Begründung der Aufhebung des Anspruchs erforderlich sind.

Ferner kommt als gemeinsam für alle Pflichttheilsentziehungen in Betracht, daß die Entziehung unwirksam ist, wenn die Handlung, welche die Entziehung des Pflichttheils rechtfertigen würde, bereits verziehen war, und daß sie unwirksam wird, wenn die Verzeihung nachher erfolgt (§ 2004). Diese letzte Bestimmung ist sehr bedenklich, umsomehr, als man dabei nicht blos an eine ausdrückliche Verzeihung oder Aussöhnung gedacht hat, sondern auch die bloß aus den Umständen zu folgernde stillschweigende Verzeihung für genügend ansehen will (Motive S. 443). Hierin liegt eine Quelle häßlicher Prozesse.

Mit Rücksicht auf jene Bestimmungen müßte jeder Erblasser sich gegenüber einem ungerathenen Kinde aller freundlichen Worte und liebevollen Handlungen enthalten, wenn er nicht Gefahr laufen will, daß darin späterhin eine von ihm erklärte Verzeihung gefunden wird. Nach dem bestehenden Rechte wird eine formelle, vorbehaltlose, ausdrückliche Verzeihung erfordert (vergleiche Allgemeines Landrecht Theil II Titel 2 §§ 414 bis 416 und für das Gemeine Recht Entscheidungen des Reichsgerichts Band 15 Seite 165 bis 167). Es empfiehlt sich, dabei stehen zu bleiben.

Die Gründe, welche die Entziehung des Pflichttheils rechtfertigen, sind folgende:

A. Der Erblasser kann einem Abkömmlinge den Pflichttheil entziehen (§ 2001)

1. wenn der Abkömmling dem Leben des Erblassers oder eines anderen Abkömmlings oder des Ehegatten des Erblassers nachgestellt hat;
2. wenn der Abkömmling sich schuldig gemacht hat einer vorsätzlichen Mißhandlung des Erblassers oder dessen Ehegatten, sofern der Abkömmling auch von diesem abstammt;
3. wenn der Abkömmling den Erblasser oder dessen Ehegatten durch Anzeige bei einer Behörde wider besseres Wissen der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens beschuldigt hat;
4. wenn der Abkömmling in einer Strafsache oder Disciplinarsache vorsätzlich zum Nachtheile des Erblassers oder dessen Ehegatten als Zeuge oder Sachverständiger eines Meineides sich schuldig gemacht hat;
5. wenn der Abkömmling des Ehebruchs mit dem Ehegatten des Erblassers sich schuldig gemacht hat;
6. wenn der Abkömmling den von ihm dem Erblasser zu gewährenden Unterhalt böswillig nicht gewährt hat;
7. wenn der Abkömmling ohne die gesetzlich erforderliche Einwilligung des Erblassers eine Ehe geschlossen hat.

Danach sollen folgende Enterbungsgründe nicht mehr gelten:

a) Hochverrath und Majestätsbeleidigung,
b) Verletzungen der Ehre des Erblassers durch grobe Schmähungen,
c) beträchtliche Beschädigung des Vermögens des Erblassers durch grobe Verbrechen,
d) endlich der Fall, wenn das Kind bei erhaltener ehrbarer Erziehung durch grobe Laster, schändliche Aufführung oder

durch die Wahl einer niederträchtigen Lebensart sich bei seinen Standesgenossen öffentlich entehrt hat.

(§§ 399, 403, 406, 409 Allgemeines Landrecht Theil II Titel 2.) Die beibehaltenen Gründe entsprechen den in den §§ 400, 401, 402, 405 und 408 Allgemeines Landrecht Theil II Titel 2 angegebenen Enterbungsgründen. Die Weglassung der oben erwähnten sonstigen Gründe, welche im Wesentlichen auch im Gemeinen Rechte gelten, erscheint nicht gerechtfertigt. Die Erwägung der Motive (Seite 436, 437), daß für Ehrverletzungen des Kindes gegen die Eltern, Entziehung des Pflichttheils, hingesehen auf alle Bevölkerungskreise, eine zu harte Folge wäre, ist nicht zu billigen. Wenn Jahrhunderte hindurch bei durchschnittlich roheren Sitten der gedachte Enterbungsgrund Anerkennung gefunden hat, ist es jetzt nicht angethan, derartige Vergehungen der Kinder gegenüber ihren Eltern milder zu beurtheilen. Ebensowenig paßt der in Betreff aller weggelassenen Verfehlungen geltend gemachte Grund, daß es nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechts sei, Strafen für Verbrechen oder für Sünden festzusetzen. Darum handelt es sich gar nicht. An einer andern Stelle (Seite 443) sagen die Motive viel besser, daß die zwischen dem Erblasser und dem Pflichttheilsberechtigten durch Schuld des Letzteren eingetretene Entfremdung das Recht zur Entziehung des Pflichttheils begründe. Aber nicht nur die in dem Entwurf aufgenommenen Fälle, sondern auch die weggelassenen Fälle des bestehenden Rechts sind in der That geeignet, solche Entfremdung hervorzurufen, das Familienband zu zerreißen, und den Eltern damit das Recht zu geben, sich von dem ungerathenen Kinde loszusagen.

Neu hinzugefügt sind im Entwurf die beiden Gründe:

a) Wenn der Abkömmling in einer Strafsache vorsätzlich zum Nachtheile des Erblassers oder dessen Ehegatten als Zeuge oder Sachverständiger eines Meineides sich schuldig gemacht hat. (§ 2001 Nr. 4.) Gegen diesen Ausschließungsgrund ist an sich nichts zu sagen, aber warum wird dieser einzelne, selten vorkommende Fall herausgegriffen? Wenn das Kind in einer Ehescheidungssache oder in einem wichtigen Civilprozeß zum Nachtheil des Erblassers vorsätzlich einen Meineid geleistet hat, liegt die Sache nicht anders. Warum soll in dem einen Falle ein Ausschließungsgrund vorliegen, in dem andern aber nicht? Bei Zulassung des oben zu d gedachten Landrechtlichen Ausschließungsgrundes ist die Ausschließung

für den im Entwurf gedachten Fall und für alle ähnlichen Fälle gegeben, was sicherlich vorzuziehen ist.

β) Das nach § 2001 Nr. 7 ferner dem Erblasser neu gegebene Recht, dem Abkömmling den Pflichttheil zu entziehen, wenn er ohne die erforderliche Erlaubniß geheirathet hat, geht weiter, als das Allgemeine Landrecht, welches für den gedachten Fall nur die Entziehung der Hälfte des Pflichttheils gestattet (Theil II Titel 2 § 412, Titel 1 §§ 996, 998, 1000).

Es empfiehlt sich, es auch hier bei den auf althergebrachtem deutschen Rechte beruhenden Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts zu belassen, welche in einem großen Theile des Rechtsgebietes gelten und Unzuträglichkeiten nicht hervorgerufen haben. Das nach dem Entwurfe den Eltern gewährte Recht der Entziehung des ganzen Pflichttheils enthält eine große Härte gegenüber den Kindern. Unmöglich darf man hier das Verschulden des Kindes auf gleiche Linie stellen mit den groben Verfehlungen, welche sonst als Ausschließungsgründe gelten. Es kommt dazu, daß, wie die nicht seltenen Prozesse auf Ertheilung des elterlichen Heirathskonsenses zeigen, die Genehmigung zur Heirath von den Eltern oft aus bloßem Eigensinn, mitunter auch aus selbstsüchtigen Gründen versagt wird. Man weise dem gegenüber nicht darauf hin, daß es dem Kinde ja frei stehe, gemäß § 1238 im Prozeßwege auf Ertheilung der Einwilligung zu klagen. Solche Prozesse zwischen Eltern und Kindern sind häßlicher und verletzen die Pietät mehr, als wenn ein vierundzwanzigjähriges Kind, welchem aus nichtigen Gründen die Einwilligung der Eltern zur Heirath versagt wird, sich lieber über dieses Erforderniß der Heirath hinwegzusetzen sucht.

Nach dem Entwurfe muß der Vater der Tochter, welche sich einem liederlichen Lebenswandel ergiebt, den vollen Pflichttheil hinterlassen; aber der Tochter, welche gegen seinen eigensinnigen Widerspruch einen ehrenhaften Mann heirathet, kann er den ganzen Pflichttheil entziehen. Daß das dem Rechtsgefühl entspräche, läßt sich schwerlich behaupten.

B. Dem Vater und der Mutter des Erblassers kann von Diesem der Pflichttheil im Wesentlichen aus denselben Gründen entzogen werden, aus denen der Erblasser seinem Abkömmling den Pflichttheil entziehen kann, nur folgende beiden Gründe fallen fort:

Vorsätzliche körperliche Mißhandlung des Erblassers oder seines Ehegatten

und

wie sich von selbst versteht, der Fall der Eheschließung.

(§ 2003.) Der Wegfall des erstgedachten Grundes ist gerechtfertigt, denn bei einer Mißhandlung, welche die Eltern dem Kinde zufügen, fehlt das Moment der Impietät, welche die gleiche Handlung des Kindes gegen die Eltern zu einem schweren Vergehen macht.

C. Dem Ehegatten des Erblassers kann von Diesem der Pflichttheil entzogen werden, wenn der Erstere sich einer Handlung schuldig gemacht hat, durch welche das Recht des Erblassers auf Scheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett begründet wird. (§ 2005.) Dies ist in Uebereinstimmung mit dem Allgemeinen Landrecht (Theil II Titel 1 §§ 632, 499) und mit dem Deutschen Privatrecht (vergl. Dernburg Band 3 § 210). Die Entziehung des Pflichttheils soll unwirksam sein, wenn zur Zeit des Erbfalles jenes Recht des Erblassers nicht mehr bestand, also wenn das Vergehen verziehen war (§§ 2004, 1446) und wenn der berechtigte Ehegatte nicht innerhalb sechs Monaten nach erlangter Kenntniß Klage auf Scheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett erhoben hat (§ 1447). Die Gleichstellung des Verlustes des Klagerechts mit der Verschuldung hat keine innere Berechtigung und ist nicht zu billigen. Wozu die Ehegatten durch solche Vorschriften zur Klage gegen einander nöthigen! Die Nichtanstellung der Klage auf Ehescheidung, beziehungsweise auf Trennung von Tisch und Bett bei vorliegendem Scheidungsgrunde wird in den meisten Fällen weniger darauf beruhen, daß der unschuldige Ehegatte die Verschuldung des anderen Theils verziehen hat, als darauf, daß er aus religiösen Grundsätzen, aus Rücksichten des Anstandes oder aus ähnlichen Gründen sich davor gescheut hat. In derartigen Fällen darf aber dem Ehegatten nicht füglich verwehrt sein, dem schuldigen Andern den Pflichttheil zu entziehen. Unter Umständen kann ja in dem langen Stillschweigen gegenüber einer die Ehescheidung begründenden Verschuldung eine Verzeihung liegen, aber das muß in jedem Falle besonders erwogen werden, die bloße Unterlassung des Ehescheidungsprozesses binnen sechs Monaten darf nicht ohne Weiteres als Verzeihung fingirt werden.

XII. Die im Gemeinen Rechte und im Allgemeinen Landrecht (Theil II Titel 2 §§ 419 folgende) anerkannte sogenannte Enterbung aus guter Absicht ist in den Entwurf aufgenommen (§ 2002), aber beschränkt auf den Fall, wenn ein Abkömmling

a) durch verschwenderische Lebensweise oder verschwenderische Geschäftsführung die Besorgniß rechtfertigt, daß er sich und seine Familie dem Nothstande preisgiebt, oder

b) dergestalt mit Schulden belastet ist, daß sein Vermögen mit Einschluß des Pflichttheils zur Befriedigung der Gläubiger nicht hinreicht.

Die Beibehaltung dieses Instituts ist richtig, denn sie ist geltendes Recht, kommt in der Praxis garnicht so selten vor, gereicht dem Abkömmling selbst und besonders seinen Angehörigen zum Segen, während sie kein erworbenes Recht verletzt. Daß die Gläubiger kein Recht haben auf das künftige Erbe ihres Schuldners, versteht sich von selbst, aber auch eine Verletzung des Rechts des Schuldners kann darin nicht gefunden werden, daß er gezwungen wird, sein Erbtheil zu erhalten, nachdem er sich unfähig gezeigt hat, sein Vermögen nützlich anzuwenden.

Anlangend die Voraussetzung dieser Enterbung in guter Absicht, so ist auch im geltenden Rechte Verschwendungssucht des Notherben der gewöhnlichste und von der Praxis am entschiedensten gebilligte Fall solcher Maßregel (vergleiche Glück, Erläuterung der Pandekten Band 37 Seite 445). Daneben wird im geltenden Rechte die gedachte Enterbung gestattet wegen Wahnsinnes oder Blödsinnes des Kindes und im Gemeinen Rechte auch wegen Unmündigkeit desselben. Daß der Entwurf diese Gründe wegläßt, verdient Billigung, da in diesen Fällen ohnehin durch die nothwendig eintretende Vormundschaft über den Erben für vernünftige Verwaltung seines Erbtheils gesorgt ist.

Die neben der Verschwendungssucht des Erben alternativ als Grund zur Enterbung angeführte Ueberschuldung wird im Entwurf zu eng gefaßt. Es ist nicht abzusehen, warum gerade solche Ueberschuldung vorhanden sein muß, welche das ganze Vermögen des Erben zuzüglich des Pflichttheils in Anspruch nimmt, so daß, wenn die Schulden außer dem sonstigen Vermögen des Abkömmlings zwar nicht den ganzen aber doch den größten Theil des Pflichttheils aufzehren würden, die Enterbung nicht stattfinden dürfe. Die Landrechtliche Fassung (§ 419 a. a. O.) ist besser, wonach die Enterbung aus guter Absicht gestattet sein soll, wenn das Kind dergestalt in Schulden versunken ist, daß durch selbige sein Pflichttheil ganz oder doch soweit, daß ihm davon der nöthige Unterhalt nicht übrig bliebe, verzehrt werden würde.

Die gedachte Enterbung aus guter Absicht gilt nach dem Entwurfe als Pflichttheilsentziehung, sie muß also in einer letztwilligen Verfügung unter Angabe des sie rechtfertigenden Grundes aus-

gesprochen sein, und der Beweis dafür, daß der sie rechtfertigende Grund schon zur Zeit der Anordnung bestand, liegt Demjenigen ob, welcher die gedachte Enterbung aufrecht halten will. (§§ 2000, 2006, 2007, 2008.)

Die Enterbung aus guter Absicht besteht darin, daß der Erblasser in Ansehung des dem Abkömmling mindestens in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbtheils zu hinterlassenden Erbtheils für die Zeit nach dem Tode des Abkömmlings die gesetzlichen Erben desselben als Nacherben einsetzen und zugleich anordnen kann, daß der Abkömmling dem Nacherben Sicherheit zu leisten habe.

Der Abkömmling muß also zum Erben berufen sein, es darf ihm nicht etwa nur der Pflichttheilsbetrag zugewendet werden unter Nachberufung seiner gesetzlichen Erben in diesen Betrag. Die Berufung in den Pflichttheil mit der gedachten Einschränkung würde dem geltenden Recht besser entsprechen, und wenn einmal der Pflichttheilsanspruch überhaupt zu einem bloßen Werthanspruch gemacht ist, so liegt eigentlich kein rechter Grund vor bei der Enterbung aus guter Absicht der dem Betrage nach dem Pflichttheilsanspruch gleichkommenden Zuwendung für den Abkömmling einen andern Charakter zu geben.

Der Zweck des Instituts, den Abkömmling vor Noth zu bewahren, bringt es mit sich, daß der aus guter Absicht in seinem Erbtheil beschränkte Abkömmling sein Recht nicht veräußern kann, daß es der Pfändung nicht unterliegt, und daß auch die Nutzungen der Pfändung nur soweit unterworfen sind, als sie nicht zum eigenen nothdürftigen Unterhalt des Erben, seines Ehegatten und seiner von ihm zu erhaltenden Verwandten erforderlich sind. Das ist in § 2002 bestimmt durch Bezugnahme auf die analogen Vorschriften über Verpfändung und Veräußerung des ehemännischen Nießbrauchsrechts (§§ 1298, 1299).

Der Schlußsatz des § 2002 lautet:

> Die Anordnung der Nacherbfolge ist unwirksam, wenn der dieselbe rechtfertigende Grund zur Zeit des Erbfalls nicht mehr vorhanden ist.

Darin liegt eine unnöthige Neuerung, für welche sich in der Praxis kein Bedürfniß gezeigt hat, und welche geeignet ist, unangenehme Prozesse hervorzurufen. Da nicht nur die Erben selber berechtigt sind, die Unwirksamkeit der angeordneten Nacherbfolge geltend zu machen, sondern nach der Fassung, welche die Anordnung

in dem gedachten Falle schlechthin für unwirksam erklärt, jeder dabei Betheiligte, insbesondere also auch die Gläubiger des Abkömmlings selbständig vorgehen können, um das Erbtheil ihres Schuldners mit Erfolg zu pfänden, so wird der Streit über die Voraussetzungen dieser Pflichttheilsbeschränkung den sonstigen Grundsätzen über den Pflichttheilsanspruch zuwider außer dem Kreise der Erben und Pflichttheilsberechtigten mit Fremden ausgetragen werden müssen.

Keinem Widerspruch wird es begegnen, daß das Institut im Entwurf auf die Abkömmlinge beschränkt ist, denn zur Ausdehnung desselben auf die sonstigen Pflichttheilsberechtigten fehlt in der That das Bedürfniß.

XIII. In den §§ 2009 bis 2018 behandelt der Entwurf den Schutz des Pflichttheilsberechtigten gegen Beeinträchtigung seines Pflichttheilsanspruchs durch freigebige Geschäfte unter Lebenden. In allen Rechten finden sich Bestimmungen, welche auf diesen Schutz abzielen. Der Entwurf schließt sich dem Gedanken des französischen Rechts an (code civil Artikel 913 folgende, 922 folgende), wonach jede Schenkung dann angefochten werden kann, wenn der aus dem Reinbetrage des Nachlasses mit Zuschlag des Geschenkes berechnete Pflichttheil sich höher stellt, als der Betrag des wirklichen Nachlasses. Der Entwurf nimmt diesen Gedanken insofern auf, als er den ausgesprochenen Grundsatz entscheidend sein läßt für die Frage, welche Schenkungen anzufechten sind. Es soll danach die Schranke für die Zulässigkeit der Schenkung nicht nach dem Zeitpunkte der Schenkung, sondern nach dem Zeitpunkte des Erbfalls bemessen werden. Der in den Motiven (Seite 452, 453) angegebene Grund, daß es fast unmöglich sei, den Bestand des Vermögens, welchen der Erblasser zur Zeit der Schenkung gehabt hat, nachträglich festzustellen, nachdem ein längerer Zeitraum verstrichen ist, rechtfertigt die Bestimmung nicht; es ist dies überhaupt ein bloßer Zweckmäßigkeits- und kein Rechtsgrund. Wenn der zur Zeit der Schenkung völlig ungewisse Betrag des künftigen Nachlasses entscheiden soll für die Frage der Anfechtung der Schenkung Seitens des Pflichttheilsberechtigten, so kann überhaupt Niemand, welcher verheirathet ist, oder dessen Eltern leben, oder der einen Abkömmling hat, ein unanfechtbares Geschenk machen, denn auch das im Verhältniß zum Vermögensstande zur Zeit der Vornahme der Schenkung noch so geringfügige Geschenk kann, wenn das Vermögen sich mindert, zur Zeit des Todes des Schenkers im Verhältniß zum Nachlaß ein übermäßiges sein. Mit

welchem Rechte will man dem Eigenthümer, der sein Vermögen vernichten und vergeuden darf, im Interesse des Pflichttheilsberechtigten verbieten, es zu verschenken? Die bloße Möglichkeit des Mißbrauchs der Verfügungsfreiheit des Erblassers zum Nachtheile eines Pflichttheilsberechtigten rechtfertigt nicht solche Beschränkung seiner freien Verfügung unter Lebenden. Nur soweit solche Verfügungen die Verletzung des Pflichttheilsberechtigten bezwecken, wo sie zur Umgehung von letztwilligen Verfügungen dienen sollen, kann das Gesetz einschreiten. Deshalb darf füglich nur das verboten werden, daß der Erblasser Schenkungen vornimmt zu dem Zweck, dem Pflichttheilsberechtigten zu schädigen. Das Recht des Pflichttheilsberechtigten zur Anfechtung von Schenkungen des Erblassers muß beschränkt werden lauf den Fall, wo die gedachte Absicht vorliegt. Das ist im Wesentichen das geltende Recht, denn wenn danach auch nicht geradezu der Nachweis jener Absicht erfordert wird, so ist doch das Anfechtungsrecht beschränkt auf Fälle, welche thatsächlich den Verdacht solcher Absicht begründen oder bei denen aus gewissen Umständen kraft Rechtsvermuthung solche Absicht gefolgert (fingirt) wird. Erfahrungsmäßig liegen die Voraussetzungen zu solchem Verdachte nur vor, wenn die Schenkungen einen verhältnißmäßig bedeutenden Theil des Vermögens des Schenkers zur Zeit der Vornahme der Schenkung umfassen, und wenn sie nicht lange vor dem voraussichtlichen Ableben des Schenkers vorgenommen werden. Gerade die zeitliche Beschränkung ist von Wichtigkeit. Bei Anfechtung der Schenkungen der Schuldner Seitens der Gläubiger ist dementsprechend die Anfechtbarkeit beschränkt auf die in den letzten Jahren vorgenommenen Schenkungen. (Konkursordnung § 25 und Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879 § 3 Nr. 3, 4.) Dieselben Gründe, welche hier zur zeitlichen Begrenzung des Anfechtungsrechts geführt haben, nämlich daß einerseits bei länger zurückliegenden Schenkungen die Absicht, Andere zu benachtheiligen meistens fehlen wird, andererseits der Schutz der Beschenkten vor unabsehbaren Angriffen gegen ihren Erwerb führen mit Nothwendigkeit dahin, auch die Anfechtung von Schenkungen Seitens des Pflichttheilsberechtigten auf die in den letzten Jahren vor dem Erbfalle vorgenommenen Schenkungen zu beschränken. Nach dem Entwurf ist jede zeitliche Beschränkung ausgeschlossen, die Beschränkten sind also selbst bei dem kleinsten Geschenk, soweit es sich nicht um ein durch den Anstand oder durch sittliche Pflicht gerechtfertigtes

Geschenk handelt, bis drei Jahre nach dem Tode des Schenkers der Gefahr der Rückforderung ausgesetzt und so lange in unsicherem Besitz. Das ist ein unerträglicher Zustand, der für den Beschenkten um so härter werden kann, als der Werth des Geschenkes nach der Zeit des Erbfalls bemessen werden soll, so daß die Werthserhöhung, welche das Geschenk in der Besitzzeit des Beschenkten erfahren hat, dem Pflichttheilsberechtigten zu Gute kommen und seine Ansprüche gegen den Beschenkten steigern kann. Eine gewisse Abschwächung der Härten liegt darin, daß die Schenkungen nicht weiter rückgängig gemacht werden dürfen, als der Nachlaß nicht hinreicht, dem Pflichttheilsberechtigten das Gebührende zu gewähren, daß also zunächst der eingesetzte Erbe zu haften hat, und erst in zweiter Linie die Beschenkten, ferner daß der später Beschenkte vor dem früher Beschenkten haftet. Immerhin enthalten die gegebenen Vorschriften eine das Rechtsbewußtsein verletzende Neuerung.

Die Bestimmungen gehen im Einzelnen dahin:

1. Anspruch auf den gedachten „außerordentlichen Pflichttheil“ haben nicht nur die zur Zeit der Schenkung schon vorhandenen pflichttheilsberechtigten Abkömmlinge, sondern auch spätere Abkömmlinge eines schon vorhandenen pflichttheilsberechtigten Abkömmlings und später entstehende Abkömmlinge aus der schon geschlossenen Ehe des Erblassers (§ 2009), also Personen, an deren Benachtheiligung der Erblasser bei dem Geschenk nicht füglich gedacht haben kann.
2. Das gemachte Geschenk wird bei nicht verbrauchbaren Sachen nach dem Werth zur Zeit des Erbfalls, bei verbrauchbaren nach dem Werth zur Zeit der Schenkung dem Nachlasse zugerechnet Behufs Berechnung des Pflichttheils (§ 2009).
3. Ist die Schenkung dem Pflichttheilsberechtigten selbst gemacht, so wird sie zwar ebenfalls dem Nachlasse zugerechnet, aber zum vollen Betrage auf den außerordentlichen Pflichttheil angerechnet (2012).
4. Der Anspruch des Pflichttheilsberechtigten auf den außerordentlichen Pflichttheil unterliegt der für den gewöhnlichen Pflichttheilsanspruch vorgeschriebenen Verjährung (§§ 2010, 1999).
5. Wenn mehrere Schenkungen gemacht sind, werden diese insgesammt dem Nachlasse zugerechnet zur Berechnung des außerordentlichen Pflichttheils.

6. Für die Befriedigung des Anspruchs haftet der Erbe nur in Ansehung desjenigen ihm angefallenen Erbtheils, welchen er in Ermangelung einer Anordnung des Erblassers über die Erbfolge nicht erhalten haben würde, oder in Folge der den Pflichttheilsanspruch begründenden Ausschlagung der Erbschaft von Seiten des Pflichttheilsberechtigten erhalten hat (§ 2013).
7. Nach den Motiven (Seite 454, 455) sollen die Beschenkten erst in Anspruch genommen werden dürfen, wenn der Nachlaß nicht hinreicht, den außerordentlichen Pflichttheil zu gewähren. Es müßten also, was in der Ordnung ist, die Vermächtnißnehmer zunächst zu diesem Pflichttheil beitragen. In den Bestimmungen des Entwurfs findet sich aber keine dahingehende Bestimmung, deren Aufnahme unerläßlich erscheint.
8. Die Beschenkten können erst in Anspruch genommen werden, wenn der Pflichttheilsberechtigte selber der einzige Erbe ist, und der Nachlaß nicht zu seiner Befriedigung ausreicht, oder wenn ihm die andern Erben in Folge des ihnen zustehenden Inventarrechts, oder aus sonstigen Gründen nicht haften § 2014).
9. Für die Befriedigung des Anspruchs haftet der später Beschenkte vor dem früher Beschenkten, und der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist (§ 2015).
10. Der Pflichttheilsberechtigte kann zum Zwecke der Befriedigung wegen des Anspruchs auf den außerordentlichen Pflichttheil nur die Herausgabe des Geschenks und nur soweit die Herausgabe zu diesem Zwecke erforderlich ist, verlangen (§ 2016).
11. Für den Fall der Gütergemeinschaft giebt der § 2017 einige besondere Vorschriften darüber, wer in Betreff der aus dem gemeinschaftlichen Vermögen gemachten Geschenke als Schenker anzusehen ist.
12. Die Anfechtung von Schenkungen zur Befriedigung des Anspruchs auf den außerordentlichen Pflichttheil findet keine Anwendung auf solche Schenkungen, welche gerechtfertigt sind durch eine sittliche Pflicht oder durch die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht (§ 2018).

Wozu diese vielen komplizirten Bestimmungen für einen in der Praxis ziemlich selten vorkommenden Fall! Der nach den Bestimmungen des Entwurfs geschehende Eingriff in die freie Verfügungsfähigkeit des Erblassers unter Lebenden führt, wie jede Abweichung von allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen, zu einer Reihe von Willkürbestimmungen und muß eine Quelle unangenehmer Prozesse werden. Andererseits geben die Vorschriften keinen wirksamen Schutz gegen wirklich beabsichtigte Verletzung des Pflichttheiles durch Verträge unter Lebenden, denn schon jetzt verstehen es die Betheiligten, der Anfechtung der Schenkungen dadurch aus dem Wege zu gehen, daß sie die fraglichen Geschäfte in Vitalitienverträge, Leibrentenverträge und sonstige lästige Verträge einkleiden. Wenn der Entwurf die Anfechtung derartiger Verträge, sofern sie auf Pflichttheilsverletzung abzielen, und in Verbindung mit ihnen die Anfechtung solcher Schenkungen, bei denen der gleiche Zweck anzunehmen ist, nach Analogie der Grundsätze von Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner regelte, so würde darin eine befriedigendere Lösung der Sache zu finden sein.

Die Vorschriften des Entwurfs über das gesetzliche Erbrecht und über den Pflichttheilsanspruch haben im Vorstehenden nicht durchweg Beifall gefunden. Insbesondere werden die eben gedachten Bestimmungen über den außerordentlichen Pflichttheil nicht aufrecht zu halten sein. Davon abgesehen aber, sind die sonstigen Vorschriften im Großen und Ganzen annehmbar, sie enthalten eine Vereinfachung des Rechtsstoffs, sind sorgfältig durchgearbeitet und verständlich gefaßt. Das gewünschte Ideal eines Deutschen Rechtsbuches verwirklichen sie in dem ihnen gewiesenen Gebiete freilich auch nicht, aber sie sind besser, als die gegenwärtigen Verschiedenheiten des Rechtszustandes im Reiche.

Gesellschaft unter Vergleichung mit anderen Rechtsgemeinschaften.

Von Rechtsanwalt **Boyens** in Stettin.

I. Einleitung.

Der Gesellschaftsvertrag, den der Entwurf in den §§ 629 bis 659, 773 unter den Schuldverhältnissen behandelt, berührt ein Gebiet, auf welchem derselbe zahlreiche Angriffe namentlich von Seiten der Germanisten erfahren hat. Man wirft dem Entwurf vor, daß er „antisozial" „durch und durch individualistisch", „gemeinschaftsfeindlich" sei. „Soweit er Gemeinschaftsverhältnisse behandelt, löst er sie in individualrechtliche Beziehungen getrennter Subjekte auf." „Er will ein Privatrecht schaffen, dessen reine Linien kein Gemeinschaftsgedanke treibt." „Diese Grundrichtung ist nicht etwa das bloße zufällige Ergebniß einer dem Entwurf durch die Umstände aufgenöthigten Selbstbeschränkung. Sie ist vielmehr der Ausdruck seines innersten Wesens. Denn im Grunde seiner Seele ist dieser Entwurf mehr römisch als deutsch."

Diese aus dem Gutachten und den Vorträgen Gierke's über die „rechtlichen Voraussetzungen freier Korporationsbildung" auf dem letzten Juristentage (Verh. des 19. Deutschen Juristentages II. S. 260, III. S. 221) entnommenen Sätze kennzeichnen den Standpunkt der Gegner des Entwurfs.

In der That sind die Grundsätze des Entwurfs, um welche es sich hier handelt, allgemeine, die nicht den „Gesellschaftsvertrag" allein betreffen und es ist daher unerläßlich, bei Besprechung des letzteren auch auf andere Theile des Entwurfs einzugehen, welche ebenfalls von diesen Grundsätzen beherrscht werden.

Der Entwurf kennt nur Körperschaften auf der einen Seite und eine im Wesentlichen auf dem Boden des römischen Rechts

stehende Gesellschaft auf der anderen Seite. Dazwischen liegen keine Mittelstufen. Jedoch wird gestattet, die Anwendung der für offene Handelsgesellschaften geltenden Vorschriften auf eine Erwerbsgesellschaft des bürgerlichen Rechts zu vereinbaren (§ 659).

In Betreff der Entstehung der Körperschaften wird (§ 42), soweit nicht besondere reichsgesetzliche Vorschriften vorhanden sind, Alles den Landesgesetzen überlassen.

Der Entwurf kennt ferner, abgesehen von dem ehelichen Güterrecht, keine Rechtsgemeinschaft zur „gesammten Hand" (vergl. unter III.) im Sinne der Germanisten. Weder der Gesellschaftsfonds noch die ungetheilte, mehreren Personen angefallene Erbschaft werden als ein geschlossenes Ganzes angesehen. Den Gesellschaftern stehen Antheilsrechte an jedem einzelnen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens zu (§ 631). Ebenso haben die Miterben verhältnißmäßigen Antheil an jedem einzelnen Gegenstand der ungetheilten Nachlaßmasse (§ 2051). Daraus folgt: freie Verfügbarkeit jedes Betheiligten über einen seiner Betheiligung entsprechenden Antheil an jeder einzelnen Sache und jeder einzelnen Forderung.[1]) Den Gesellschaftern ist freilich eine solche Verfügung bis zur Auseinandersetzung verboten (§ 645), jedoch gilt dies Verbot nur nach innen (persönlich), nicht nach außen (dinglich)). Bei der ungetheilten Erbschaft und dem aus andern Gründen entstehenden gemeinschaftlichen Eigenthum (communio incidens) fehlt auch diese persönliche Schranke des Verfügungsrechts.

Der Entwurf stellt endlich im § 320 den allgemeinen Grundsatz auf, daß bei einem Schuldverhältniß mehrere Gläubiger, welche einem Schuldner gegenüberstehen, bei theilbaren Leistungen nur gleichantheilig berechtigt und mehrere Schuldner, welche einem Gläubiger gegenüber stehen, nur gleichantheilig verpflichtet sind. Dieser Grundsatz wird auch auf den Gesellschaftsvertrag (§ 642) und auf Miterben (§ 2051) angewandt.

In dem Folgenden werden zunächst die angedeuteten allgemeinen Grundsätze und ihre Anwendung im Einzelnen besprochen werden. Dieser Besprechung wird noch eine Erörterung einiger besonderen, den Gesellschaftsvertrag betreffenden Punkte folgen.

---

[1]) Von den Forderungen kann also jeder Theilhaber seinen Antheil sofort einziehen. An den körperlichen Sachen hat er bis zur reellen Theilung natürlich nur einen ideellen Antheil. In Betreff dieser Sachen kommen die Vorschriften des Titels „Gemeinschaft" (§§ 362 ff.), nach welchen auch die sonstigen Fälle gemeinschaftlichen Eigenthums (communio incidens) zu beurtheilen sind, zur Anwendung.

II. Grenze zwischen Gesellschaft und Körperschaft. Mittelstufen.

Bliebe § 42 des Entwurfs, welcher die gesetzliche Regelung der Voraussetzungen, unter denen eine Körperschaft entsteht, den Landesgesetzen überläßt, bestehen, so müßte konsequenter Weise das ganze Gesellschaftsrecht den Landesgesetzen ausgeliefert werden. —

Denn je nachdem in Betreff der Entstehung einer Körperschaft das eine oder andere System angenommen wird, erweitert oder verengt sich der Kreis derjenigen rechtlichen Gebilde, welche unter den Begriff der bloßen Gesellschaft fallen und diese Erweiterung oder Verengerung der Grenzen ihrer Anwendung muß auf die Rechtsvorschriften über die Gesellschaft von dem größesten Einfluß sein.

Wird z. B. das Konzessionssystem angenommen oder beibehalten, entsteht also eine Körperschaft nur durch ausdrückliche und diskretionäre Verleihung seitens der Staatsgewalt, so wird es eine Menge von Vereinen geben, die ihrer Natur nach eigentlich Körperschaften sind, aber durch die Gesetzgebung in den Rahmen der Gesellschaften eingezwängt werden. Es würde in diesem Fall unerläßlich sein, diesen Vereinen auch innerhalb dieses Rahmens eine gewisse Lebensfähigkeit zu erhalten.

Wird dagegen der Grundsatz der sogenannten Körperschaftsfreiheit mit oder ohne Registerzwang eingeführt, so ist dem gesetzgeberischen Bedürfniß in Betreff der Personenvereine Genüge geschehen und es ist auf dem Gebiet des Gesellschaftsvertrages eine Rücksichtnahme auf korporativ angelegte Gesellschaften nicht mehr erforderlich.

Daraus ergiebt sich, daß die Gesetzgebung über die Entstehung der Körperschaft mit der Gesetzgebung in Betreff des übrigen Gesellschaftsrechts in einer Hand sein und bleiben muß. Will die Reichsgesetzgebung sich also nicht wie bisher auf die rechtliche Ordnung gewisser bestimmter Vereinigungen beschränken, so kann und darf sie die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Körperschaft entstehe, nicht der Landesgesetzgebung überlassen.

Auf dem 19. Deutschen Juristentage in Stettin ist auf Grund von Gutachten der Professoren Gierke und Rosin die Frage, an welche rechtlichen Voraussetzungen die Korporationsbildung zu knüpfen sei, erörtert worden (Verh. desselben II. S. 135 ff., 259 ff., III. S. 220 ff., S. 321 ff.) und diese Erörterung hat sowohl in der Abtheilung wie im Plenum zu folgenden von dem Entwurf abweichenden Beschlüssen geführt:

1. „Das bürgerliche Gesetzbuch hat, unter Vorbehalt der besonderen Reichs- und Landesgesetze über einzelne Körperschaftsgattungen, allgemeine Bestimmungen über Erwerb und Verlust der Körperschaftsrechte zu treffen.

   Es hat dabei das Prinzip der freien Körperschaftsbildung zu Grunde zu legen.

2. Privatrechtliche Körperschaften, welche nicht unter ein Spezialgesetz fallen — Vereine für ideale Zwecke und wirthschaftliche Vereine, wenn sie nicht auf einen kaufmännischen oder gewerblichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind, — erlangen die öffentliche Anerkennung ihrer Persönlichkeit, wenn sie auf Grund gesetzlicher Normativbestimmungen in ein, von den Gerichten geführtes Vereinsregister einzutragen sind".

Diese Resolutionen sind so zu verstehen, daß jedenfalls und mindestens diejenigen Vereine, welche ihre Eintragung in das Register, die ihnen bei Erfüllung der Normativbestimmungen zu 1 nicht verweigert werden kann, erlangt haben, in jeder Beziehung öffentlich anerkannt werden sollen. Dagegen wollen diese Resolutionen die Frage der Rechtsstellung der nicht eingetragenen Vereine unentschieden lassen. Das Gutachten von Rosin wollte die nicht registrirten Vereine als Korporationen überhaupt nicht anerkennen, das Gutachten von Gierke nur die Befähigung, Grundeigenthum zu erwerben, von der Registrirung abhängig sein lassen, im Uebrigen aber den Verein schon auf Grund seines bloßen thatsächlichen Bestehens als Körperschaft anerkannt wissen.

Auf einem etwas andern Standpunkt steht das in Heft 1 S. 19 ff. dieser Gutachten von dem Kollegen Kausen in Düsseldorf abgegebene Gutachten. Dasselbe will:

1. grundsätzlich § 42 des Entwurfs bestehen lassen, aber in dem bürgerlichen Gesetzbuch — also in der Reichsgesetzgebung — gewisse einheitliche Grundformen für alle auf Landesrecht beruhenden juristischen Personen, an welchen dann auch das Reich festzuhalten habe, vorschreiben. Dahin rechnet er den Registerzwang (vor der Registrirung soll keine Rechtshandlung zulässig sein) und Entstehung entweder durch spezielles Gesetz, ausdrückliche Verleihung oder durch Erfüllung gewisser landesgesetzlicher Normativbedingungen.
2. Es soll aber eine Ausnahme von diesem Grundsatz für Vereine mit idealen (sozialen, geselligen, wissenschaftlichen,

künstlerischen und religiösen) Zwecken gemacht werden. Für Vereine dieser Art wird die Aufstellung von Normativbedingungen mit Registerzwang durch die Reichsgesetzgebung empfohlen.

Endlich

3. wird (S. 34 ff.) der Reichsgesetzgebung eine Ordnung der Rechtsverhältnisse solcher Vereine, welche der juristischen Person entbehren, in bestimmter, zum Theil recht komplizirter Weise vorgeschlagen. Die gemachten Vorschläge beziehen sich auf die Rechtsstellung der Mitglieder und des Vereins sowohl nach innen wie nach außen.

Da es sich hier nur darum handelt, die Grenzlinie zwischen Körperschaft und Gesellschaft zu bestimmen, so kann auf ein Für und Wider der abweichenden Meinungen in Betreff der Entstehung einer Körperschaft nicht näher eingegangen werden. Ich muß mich auf die Bemerkung beschränken, daß die Vorschläge des Juristentages meines Ermessens aus den in den Gutachten und Verhandlungen dargelegten Gründen den Vorzug verdienen und daß ferner die von dem Juristentag offen gelassene Frage, ob der Registerzwang einzuführen sei, meines Erachtens mit Rosin und Kausen und gegen Gierke zu bejahen sei.

Der Registerzwang wäre in der Art zu normiren, daß die Körperschaften erst durch ihre Eintragung in das Register Rechts- und Parteifähigkeit erlangen und daß alle nicht registrirten Personenvereine lediglich als Gesellschaften zu behandeln seien. Es ist unerläßlich, daß durch einen klaren Rechtsakt in völlig zweifelloser Weise festgestellt wird, ob durch eine Vereinigung mehrerer Personen eine Körperschaft geschaffen ist. Fällt die staatliche Verleihung fort, welche diesen Dienst leistete, so muß an ihre Stelle ein andrer urkundlicher Akt, die Eintragung in ein Register, treten. Fehlt der Registerzwang, so fehlt auch eine feste klare Grenzlinie zwischen Körperschaft und Gesellschaft. Gierke kommt (vgl. Laband Zeitschrift für ges. Handelsrecht Bd. 30 S. 483—492) bei der in seinem Genossenschaftsrecht II S. 923 ff. vorgenommenen Vergleichung und Gegenüberstellung von Körperschaft und Rechtsgemeinschaft in der That nicht zu einem bestimmten, äußerlich erkennbaren Unterscheidungsmerkmal. Der begriffliche Gegensatz ist freilich klar, aber es fragt sich: bei welchem äußeren Thatbestand soll rechtlich ein von den Einzelnen verschiedenes Rechtssubjekt angenommen werden. Darauf fehlt die

Antwort. Der Vertrag, der einer bloßen Gesellschaft zu Grunde liegt, kann derselben eine ähnliche Organisation geben, wie die einer Körperschaft (Mehrheitsbeschlüsse, Generalversammlung u. s. w.), wie beispielsweise bei der von dem Reichsgericht in den Entsch. Bd. 14 S. 125 ff. behandelten Sozietät. Gierke giebt (a. a. O. S. 938) selbst zu, daß Uebergänge vorhanden sind, die beiden Formen sehr nahe stehen, daß die „Theilhaberschaft" äußerlich einer „Körperschaftsmitgliedschaft" ähneln könne. In seinem späteren Werk (Genossenschaftstheorie S. 308 Note 1) sagt er: „Ein objektiv erkennbarer Unterschied existirt, läßt sich aber freilich nicht auf ein einzelnes mit absoluter Sicherheit feststellbares Merkmal zurückführen." Es ist also in der That richtig, daß es in vielen Fällen zweifelhaft sein kann, ob die Betheiligten den Willen hatten, eine Körperschaft zu begründen oder nicht, und so lange nicht in dieser Begründung eine unzweideutige Willenserklärung vorliegt, wird man dieselbe Vereinigung leicht ebensowohl als Körperschaft wie als bloße Gesellschaft „konstruiren" können, je nachdem man sich die Sache zurecht legt. Laband a. a. O. S. 496 ff. will nach dem Vorgang Anderer nicht in der Verfassung des Vereins, sondern lediglich darin das unterscheidende Merkmal erblicken,

> ob das objektive Recht die Mitglieder von der Haftung für die zur Erreichung der Gemeinschaftszwecke eingegangenen Verbindlichkeiten befreit oder nicht.

Abgesehen davon, daß die Richtigkeit dieses Kennzeichens keineswegs allgemein anerkannt ist (vgl. Gierke Genossenschaftstheorie S. 44 und S. 308), so wäre dasselbe auch kein äußerliches Merkmal. Der aufgestellte Satz ist nichts weiter als die Auslegung eines Rechtssatzes und es bliebe die Frage offen, auf welche Vereine der Rechtssatz, daß persönliche Haftpflicht der Einzelnen nicht bestehe, anzuwenden sei. Es würde somit in der Praxis große Unsicherheit herrschen, wenn nicht ein Register bestimmte Auskunft gäbe. Es könnte demselben Verein von dem einen Gericht die Persönlichkeit abgesprochen und von einem andern Gericht zugesprochen werden. Auch die Aufstellung von Normativbestimmungen ohne Register würde nicht viel nützen, da immer der Zweifel bestehen bliebe, ob in vollem Umfang den letzteren genügt sei und dieser erst durch die Eintragung in ein öffentliches Register nach vorheriger Prüfung beseitigt werden könnte.

Mit dem Registerzwang steht Publizität aller den Verein betreffenden, für den Verkehr mit Dritten erheblichen rechtlichen That-

sachen in Verbindung: Niederlegung des Statuts, aus welchem sich der Umfang der Beiträge der Mitglieder, der Umfang ihrer Haftpflicht (Haftung nur mit den Beiträgen oder subsidiäre persönliche, solidarische oder antheilweise Haftung), die Zusammensetzung und Art der Bestellung des Vorstandes ergiebt, ferner Anmeldung der Mitglieder und deren Ausscheidens, der Personen des Vorstandes, der Statutenänderungen, der Auflösung des Vereins, die nach Analogie des Reichsgenossenschaftsgesetzes öffentlich bekannt zu machen wäre. Nur durch diese Publizität sind dritte Personen in ihrem Verkehr mit dem Verein ausreichend gesichert, ohne dieselbe ist eine prinzipale Haftung der handelnden und von ihnen vertretenen Personen Dritten gegenüber, also die Anwendung der Regeln des Gesellschaftsvertrages unentbehrlich. Aus der hiesigen Praxis sind mir Fälle bekannt, in denen nicht eingetragene Genossenschaften, die ihre Zahlungen einstellten, weder ordnungsmäßige Mitgliederlisten, noch Ausweise über Aufnahme der Mitglieder (in einem Fall war das schriftliche Statut, welches von den Mitgliedern bei der Aufnahme zu unterzeichnen war, verschwunden), noch endlich Protokolle über die Wahlen der Vorstände besaßen. Bei einem insolvent gewordenen, nicht eingetragenen Kreditverein erwies es sich sogar als unmöglich, das Vereinsvermögen in einer von dem Privatvermögen des Direktors unterscheidbaren Weise herzustellen, so daß bei Nichtannahme persönlicher Haftpflicht des Letzteren in seiner Eigenschaft als handelnde Person sowie als Mitglied und der übrigen Mitglieder als solcher die Gläubiger des Vereins Gefahr gefahr gelaufen wären, überhaupt nichts zu bekommen. Und dieser Verein hatte sogar Sparkassenbücher herausgegeben, auf welche eine große Menge kleiner Kapitalisten Gelder belegt hatten. Will ein Verein sich also der leichten Mühe einer Registrirung und der damit verbundenen Publizität nicht unterziehen, so müssen die leitenden Personen die Folge davon tragen.

Es ergiebt sich hieraus, daß bei Annahme der gedachten Vorschläge in Betreff der Art der Entstehung von Körperschaften kein Raum für die Aufstellung einer Mittelstufe zwischen der gewöhnlichen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und der Korporation bleibt.

Der bisherige Rechtszustand in Betreff korporativ veranlagter privatrechtlicher Vereinigungen, welche weder durch Verleihung noch durch reichs- oder landesgesetzliche zugelassene Eintragung in ein Register die Rechte einer Körperschaft oder eingetragenen Genossenschaft erlangt haben, und in Folge dessen von Gesetz oder Praxis

nicht als juristische Personen anerkannt werden, ist — wenn von den Gebieten, auf welche sich das bürgerliche Gesetzbuch nicht erstrecken soll, also das Handelsrecht, Bergrecht, Deich-, Wasser- und Sielrecht, abgesehen wird — folgender:

Im Gebiet des **gemeinen Rechts**, in welchem, mit Ausnahme Bayerns, meistens das Konzessionssystem in Betreff der Entstehung der Körperschaften als geltend angesehen wird, legt man jenen Vereinen trotz der fehlenden Persönlichkeit allgemein das Recht der Parteifähigkeit bei. Man weiß ferner durch Zulassung von Modifikationen des Rechts der Sozietas, Auslegung des Gründungsvertrags und Annahme vermutheter oder stillschweigender Willenserklärungen dergestalt nachzuhelfen, daß in Wirklichkeit die Rechtsstellung dieser Vereine sich nur wenig von der der Korporationen unterscheidet und dieselben zwischen den Korporationen und gewöhnlichen Sozietäten als „modifizirte Sozietäten“ eine Mittelstellung einnehmen. Die Gesellschafter unterwerfen sich durch den Eintritt dem Mehrheitswillen und der Geschäftsführung eines Vorstandes, es wird die Bildung eines Vereinsvermögens zugelassen und die Haftung der Mitglieder auf dasselbe beschränkt, die Theilungsklage ausgeschlossen, Verzicht der Ausscheidenden auf ihr Antheilsrecht vermuthet und der Bestand der Gesellschaft durch das Ausscheiden einzelner oder selbst aller ursprünglichen Gesellschafter nicht berührt[1a]).

Das **preußische Allg. Landrecht** stellt neben die gewöhnliche Erwerbsgesellschaft (I. 17) und die Korporation, die nur durch staatliche Verleihung entsteht (II. 6 § 25 ff.), die erlaubte Gesellschaft (II. 6 §§ 2 und 11 ff.). Diese hat im Verhältniß nach **innen** die Rechte der Korporationen, die ihr nach außen versagt sind. Daraus folgt, daß ihr Vermögen zwar im Miteigenthum der Gesellschafter steht, aber nicht nach fixirten Quoten. Das Recht, Theilung zu fordern, ist ausgeschlossen, erst bei der Auflösung wird das Vermögen an die Mitglieder vertheilt, das ausscheidende Mitglied kann nichts verlangen. Mehrheitsbeschlüsse binden Alle, der Eintritt und Austritt von Mitgliedern hat auf den Bestand der Gesellschaft keinen Einfluß. Dagegen fehlt der Gesellschaft die Parteifähigkeit[2]) und das Recht,

[1a]) Vgl. Reichsgerichtsentscheidungen Bd. IV S. 155 ff., VII S. 164 ff., VIII S. 121 ff., XII Nr. 57; Gierke: Genossenschaftstheorie S. 57—65; Verh. des 19. deutschen Juristentages Bd. II S. 279 ff; Motive zum bürg. G. B. II S. 593 Note 1.

[2]) Jedoch wird angenommen, daß der Verein selbst gegen seine **Mitglieder** klagen könne, z. B. eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit (vgl. Eccius a. a. O. S. 649).

Eigenthum zu erwerben. Sehr fraglich ist, wie und in welchem Umfang die Mitglieder für die Schulden haften.[3]) Das Reichsgericht[4]) nimmt an, daß unter dem Begriff der „erlaubten Gesellschaft" nur Vereine mit idealen Zwecken fallen, also nicht wirthschaftliche Vereine. Es unterstellt also namentlich nicht eingetragene wirthschaftliche Genossenschaften nicht diesen Vorschriften, sondern denen der gewöhnlichen Gesellschaft (I. 17).

Im Gebiete des code civil, in welchem juristische Personen überhaupt nur beiläufig erwähnt werden, da der französische Gesetzgeber Bildung und Verfassung derselben als einen Gegenstand des öffentlichen Rechts ansieht, haben weder Gesetz noch Praxis für nicht staatlich genehmigte Vereine besondere Bestimmungen ausgebildet, so daß dieselben lediglich dem Recht der gewöhnlichen Gesellschaft unterstellt sind.[5])

Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch verbietet die Anwendung des Körperschaftsrechts auf Vereine, welche nicht durch allgemeinen Rechtssatz, Eintragung oder Verleihung Persönlichkeit erlangt haben. Trotzdem und obwohl das neuere sächsische Gesetz vom 15. Juni 1868 im Wesentlichen Körperschaftsfreiheit mit Registerzwang eingeführt hat, hat das O. L. G. Dresden in einem Erkenntniß vom 15. April 1887 (Seuffert Archiv Bd. 43 Nr. 19) einer nicht eingetragenen Genossenschaft für gegenseitige Unterstützung in Krankheits- und Sterbefällen Parteifähigkeit zugestanden, indem es annimmt, daß eine solche „Fortbildung der Grundsätze des Gesellschaftsvertrages" nicht durch das bürgerliche Gesetzbuch ausgeschlossen sei.

Dieser Ueberblick zeigt, daß im Wesentlichen lediglich die Einschränkung der Körperschaftsfreiheit dazu geführt hat, Sonderbestim-

[3]) Eccius (Privatrecht Bd. IV. § 281 S. 647) und Gierke (Genossenschaftstheorie S. 108 Note 4) nehmen an, daß die Mitglieder nur mit dem Gesellschaftsvermögen haften und daneben die handelnden Personen, wenn sie nicht für genügende Bekanntschaft der Mitkontrahenten mit dem Statut und der dadurch bedingten Art der Haftung gesorgt haben. Dernburg (Privatrecht I. § 59 Note 8) und Rosin (Gruchot Bd. 27 S. 137) statuiren Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen und subsidiäre solidarische Haftung der handelnden Personen. Das Obertribunal hat dagegen eine ratarische Haftung aller Mitglieder angenommen.

[4]) Entsch. Bd. 16 Nr. 44 dagegen Dernburg Privatrecht I. § 59 Note 4, Eccius a. a. O. S. 642 Note 13, Rosin in Gruchot Zeitschrift Bd. 27 S. 141 ff., Bd. 31 S. 753 ff., Gierke, Genossenschaftstheorie S. 102 ff., Verh. des 19. deutschen Juristentages II. S. 282.

[5]) Vgl. Rg. Entsch. Bd. 18 S. 349 und Gierke in Verh. des 19. deutschen Juristentages II. S. 282.

mungen für nicht als Korporationen anerkannte Vereine in Gesetz und Praxis als einen Ersatz für die fehlende Körperschaftsfreiheit herauszubilden. Entgegensteht freilich das citirte Erkenntniß des höchsten sächsischen Gerichtshofes, welches trotz des Bestehens der lediglich durch Registerzwang geordneten Körperschaftsfreiheit dennoch nicht registrirten Vereinen Parteifähigkeit beimißt. Mit demselben Recht könnten denselben auch alle übrigen Benefizien, welche die gemeinrechtliche Praxis den „modifizirten Sozietäten" zuwendet, also namentlich auch beschränkte Haftpflicht, beigelegt werden. Danach halte ich es für nothwendig, daß das Gesetz von vornherein einer solchen mißbräuchlichen „Fortbildung" entgegentritt und ausdrücklich bestimmt:[6])

> „Vereine (Genossenschaften), welche sich nicht in das Register haben eintragen lassen, steht keine Persönlichkeit und keine Parteifähigkeit zu. Dieselben unterliegen lediglich den Regeln des Gesellschaftsvertrages. Wenn im Namen solcher Vereine Rechtshandlungen gegenüber Dritten vorgenommen werden, so sind die Handelnden, vorbehaltlich ihres Rückgriffs auf die Vereinsmitglieder, den Dritten persönlich verpflichtet."

Eine ähnliche Bestimmung enthält auch das schweizer Obligationenrecht (Art. 717). Dasselbe erklärt die Handelnden persönlich und solidarisch den Dritten gegenüber verantwortlich, mit Vorbehalt ihres Rückgriffs auf die übrigen Vereinsmitglieder. Die Erwähnung solidarischer Haftpflicht Mehrerer erscheint hier nicht am Platz. Bleibt der Grundsatz des § 320 (vergl. § 642 des Entwurfs) bestehen, so wird die Haftpflicht nicht eine solidarische sein können. Wird, wie im Folgenden befürwortet, dieser Grundsatz durch den der solidarischen Haftung ersetzt, so tritt letztere von selbst ein. Es ist ferner möglich, daß der Handelnde nicht selbst Mitglied des Vereins ist. Deshalb paßt das Wort „übrigen" nicht.

Eventueller Vorschläge, für den Fall, daß § 42 des Entwurfs bestehen bliebe, muß ich mich enthalten. Es dürfte genügen zu konstatiren, daß, soweit die Landesgesetze das Konzessionssystem befolgen, ähnliche Sonderbestimmungen, wie die von der gemeinrechtlichen Praxis eingeführten, nothwendig sein würden, jedoch müßte wenigstens subsidiäre persönliche Haftpflicht der handelnden Personen zum Schutze

[6]) Diese Bestimmung würde in Anschluß an die von dem Juristentag empfohlenen Aenderungen am passendsten ihre Stelle in dem Abschnitt über „Juristische Personen" (Buch I. Abschnitt 3) finden.

Dritter vorhanden sein. Es müßte dann aber auch diese Rechtsmaterie den Landesrechten überlassen werden, da das Reichsrecht nicht in der Lage wäre, für jedes der verschiedenen, in den Landesrechten geltenden Systeme in Betreff der Entstehung von Körperschaften Bestimmungen zu Gunsten solcher Vereine zu treffen, welche landesgesetzlich nicht anerkannt werden. Die Annahme der Motive (Bd. II. S. 592—593), daß solche Sonderbestimmungen überhaupt nicht — also selbst bei dem Konzessionssystem nicht — nöthig sein würden, erscheint nicht ausreichend begründet. Mag es auch sein, daß die dem Gebiet des Versicherungsrechts angehörigen Vereine ausscheiden, weil für dieselben besondere Gesetze vorbereitet werden und mag es auch sein, daß die Reichsgesetzgebung über Genossenschaften, Hülfskassen u. s. w. schon für viele Vereine Hülfe geschaffen hat,[7] so daß im Wesentlichen nur die Vereine für ideale Zwecke übrig bleiben, so ist doch gerade die Zahl dieser Vereine überaus groß und vermehrt sich täglich. Viele dieser Vereine haben Grundstücke und sonstiges erhebliches Vermögen, so daß das Bedürfniß eines Rechtsschutzes hier vollkommen vorhanden ist und sie als reine Sozietäten nach ihrer ökonomischen Seite nur ein verkümmertes Dasein führen können. Der Ausweg, den § 659 des Entwurfs Erwerbsgesellschaften bietet, nämlich die Vereinbarung der Anwendbarkeit der für die offene Handelsgesellschaften geltenden Grundsätze, wäre bei diesen nicht den Erwerb bezweckenden Vereinen ausgeschlossen, auch würden jene Grundsätze — namentlich die solidarische Haftpflicht — hier durchaus unzutreffend sein.

Schließlich mag hier erwähnt werden, daß die in neuerer Zeit hervorgetretenen Wünsche nach einer neuen Form der Kapitalvereinigung mit beschränkter Haftpflicht, welche namentlich durch die Kolonialbestrebungen wach gerufen sind, in dem bürgerlichen Gesetzbuch keine Verwirklichung finden können, da diese Assoziationen jedenfalls dem Gebiet des Handelsrechts angehören würden (vgl. das Reichsgesetz über Kolonialgesellschaften vom 15. März 1888).

III. Rechtliche Gestaltung der Rechtsgemeinschaft bei der Gesellschaft und andern verwandten Rechtsverhältnissen.

Besteht unter mehreren Personen in Betreff eines oder mehrerer Vermögensgegenstände eine Rechtsgemeinschaft, so läßt sich das daraus

[7] In dem neuen Reichs-Genossenschaftsgesetz wird (vgl. § 1 Nr. 5 und 6) der Rahmen der Genossenschaft noch erheblich erweitert.

entstehende Rechtsverhältniß entweder so gestalten, daß sich dasselbe in ebenso viele einzelne Rechtsverhältnisse auflöst, wie Sachen und Personen vorhanden sind oder es wird mehr oder weniger eine Geschlossenheit der betheiligten Personen, und eine Geschlossenheit der in Rede stehenden Vermögensgegenstände rechtlich anerkannt. Der erstgedachte individualistische Standpunkt ist der des römischen Rechts, während nach der Lehre der Germanisten die Auffassung des deutschen Rechts dem letztgedachten Standpunkt sich nähert und zur Ausbildung von Rechtsinstituten führt, welche unter Wiederbelebung eines alten Namens als Rechtsgemeinschaften zur „gesammten Hand" bezeichnet werden. Als solche Institute werden namentlich die eheliche Gütergemeinschaft und deren Fortsetzung, sowie die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft, sowie die Rhederei angesehen. Aber auch in der Gestaltung der Rechtsgemeinschaft der Miterben, der Rechtsgemeinschaft der Gesellschafter und der Miteigenthümer, der Forderungs- und Schuldengemeinschaft, wie sich dieselben beispielsweise im Preußischen Allgemeinen Landrecht entwickelt haben, erblickt man die Rechtsidee der „gesammten Hand". [8]

Sieht man auf das Einzelne, so ergeben sich zwischen der romanistischen und germanistischen Auffassung folgende Gegensätze:

1. Es besteht — in subjektiver Beziehung — nur ein Sonderwille jeder betheiligten Person, dem allerdings im Verhältniß nach innen gewisse obligatorische Beschränkungen gegenüber den andern betheiligten Personen auferlegt sein können oder es besteht neben der Rechtssphäre, in welcher allein der Sonderwille herrscht, eine solche, in welcher nur der Gesammtwille der verbundenen Personen verfügt.
2. Es bestehen — in objektiver Beziehung — nur eine Anzahl verschiedener einzelner Vermögensgegenstände, von welchen jeder einzelne nach bestimmten Antheilen den einzelnen betheiligten Personen gehört, so daß jede dieser Personen

[8]) Es wird im Folgenden der wichtigste Fall, in welchem die Gemeinschaft sich nicht auf eine einzelne Sache beschränkt, zunächst ins Auge gefaßt. Aber auch bei dem Miteigenthum an einer einzelnen körperlichen Sache oder Forderung ergiebt sich derselbe Gegensatz, je nachdem man den einzelnen Theilhabern freie Verfügbarkeit über ihre Antheile während der Dauer der Gemeinschaft einräumt oder die Geltendmachung ihrer Antheilsrechte an der Substanz erst nach Auflösung der Gemeinschaft zuläßt.

mit rechtlicher Wirkung nach außen über ihren Antheil an jedem dieser Gegenstände beliebig verfügen kann, wenn auch vielleicht nach innen diese Verfügungsgewalt durch obligatorische, lediglich persönlich wirkende Schranken eingeengt ist, oder es besteht eine einheitliche geschlossene Vermögensmasse, ein Inbegriff (universitas juris) und den betheiligten Personen steht bis zur Auseinandersetzung nur an dieser ganzen ungetheilten Masse ein Anrecht, nicht ein quotatives Miteigenthum an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen zu, woraus folgt, daß auch nur der Gesammtwille der verbundenen Personen über diese Masse als solche verfügen kann, die Sonderrechte der Einzelnen sich bis zur Auseinandersetzung auf Nutzungen und Gewinnbezug beschränken.

Aus dieser Gegenüberstellung ist ersichtlich, daß bei der romanistischen Anschauung die Rücksichtnahme auf das gegenseitige Verhältniß der verbundenen Personen vor einer scharfen dinglichen Sonderung zurück tritt, bei der germanistischen Auffassung dagegen erstere in den Vordergrund geschoben wird. Die romanistische Auffassung ist in der That eine der Gemeinschaft feindliche und ungünstige.

Hieraus ergiebt sich, daß es unrichtig sein würde, eine der beiden Theorieen auf alle Fälle des Miteigenthums anzuwenden. Die germanistische Auffassung kann jedenfalls da nicht am Platze sein, wo außer der bloßen Thatsache des gemeinschaftlichen Eigenthums kein persönliches Band irgend welcher Art unter den Betheiligten besteht oder wo ein solches nicht mehr besteht. Hierher gehören namentlich die Fälle:

a) in denen Miteigenthum durch Verbindung, Vereinigung oder Vermischung entsteht (vgl. §§ 891, 892, 908 Entw.),
b) in denen dieselbe Sache zum gemeinschaftlichen Eigenthum mehreren Personen geschenkt oder vermacht wird, oder durch besondere Verträge verschiedene Personen ideelle Antheile derselben Sache ohne die Absicht einer Gesellschaft kaufen (vgl. l. 31 Dig. pro Socio 17. 2),
c) in denen bei der Theilung einer Erbschaft oder eines Gesellschaftsvermögens ein Gegenstand (z. B. ein Haus) zum gemeinschaftlichen Eigenthum nach bestimmten Quoten mehreren Betheiligten überwiesen wird, wenn dieselben nicht etwa gleichzeitig in Beziehung auf diesen Gegenstand zum Zweck dauernder Benutzung oder Ausbeutung desselben einen Gesellschaftsvertrag schließen.

In diesen Fällen ist die Rechtsgemeinschaft in der That eine rein zufällige und vorübergehende, auf welches im Wesentlichen die römischen Rechtssätze über Miteigenthum, die den Zwang baldigster Auflösung der Gemeinschaft in sich tragen, passen.[9])

Ebenso ist auf der andern Seite die romanistische Auffassung ausgeschlossen und die Anwendung des germanistischen Prinzips außer Zweifel geboten in den Fällen der Rechtsgemeinschaft, die auf Eingehung einer Ehe, also der innigsten Verbindung der Menschen beruhen (allgemeine oder theilweise Gütergemeinschaft), zumal diese Rechtsinstitute lediglich auf deutschem Boden erwachsen sind.[10]) Zweifelhafter dagegen sind die Fälle der Rechtsgemeinschaft:

a) der Gesellschafter,

b) der Miterben,

so lange eine Theilung des Gesellschaftsvermögens beziehentlich des Nachlasses nicht vollzogen ist.

Es ist in der Einleitung (oben I.) schon erwähnt, daß der Entwurf hier grundsätzlich dem römischen Recht folgt und nur im § 659 bei einer Erwerbsgesellschaft die Vereinbarung einer Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Vorschriften über offene Handelsgesellschaften, welche im Wesentlichen als Rechtsgemeinschaften zur gesammten Hand erscheinen, gestattet. Im Uebrigen läßt der Entwurf es in keiner Weise zu, durch Vertrag ein von seinen Vorschriften abweichendes Miteigenthum zu begründen, da seine Vorschriften über dingliche Rechte zwingender Natur sind (vgl. § 796 Entwurf und Motive III. S. 600, 615).

Der Entwurf stellt in Uebereinstimmung mit dem gemeinen und preußischen Recht in den §§ 634 bis 638 fest, daß in Ermangelung einer anderen Vereinbarung in dem Gesellschaftsvertrage und abgesehen von den nach § 765 in Betreff der Verwaltung gemeinschaftlicher Sachen zulässigen Mehrheitsbeschlüssen die Führung der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich dergestalt zustehe,

[9]) Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß bei der gesetzlichen Regelung jede Rücksicht auf das bestehende Gemeinschaftsverhältniß unterbleiben soll. Vgl. § 765 Entw. § 44 Reichskonkursordnung.

[10]) Der Entwurf läßt auch nach Auflösung der Ehe bis zur Auseinandersetzung unter Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, eine Rechtsgemeinschaft zur gesammten Hand bestehen, obwohl die Gütergemeinschaft selbst und damit die Verwaltung des Ehemannes aufgehört hat. Der Entwurf giebt hier in den §§ 1373—1380 geradezu eine Kodifikation eines Rechtsinstituts der „gesammten Hand" ohne die aus einer bestehenden Ehe sich ergebenden Sonderheiten.

daß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich sei, während das französische Recht (code civil Art. 1859) und das schweiz. Bundesgesetz (Art. 534) bestimmen, daß in diesem Fall die Geschäftsführung jedem Gesellschafter, den andern Gesellschaftern aber das Recht zustehe, durch Widerspruch die Handlung zu verhindern, bevor sie vollendet ist.[11]) Sodann schreibt der Entwurf aber von seiner individualistischen Auffassung aus, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht, im § 631 vor, daß im Zweifel die Gesellschafter zu gleichen Antheilen Miteigenthümer der gemeinschaftlich gewordenen Gegenstände (dem Gesellschaftsvermögen) seien und ordnet im § 645 nur mit obligatorischer Wirkung an, daß jeder Gesellschafter gegenüber den übrigen Gesellschaftern verpflichtet sei, sich bis zur Auseinandersetzung jeder Verfügung über seinen Antheil an den gemeinschaftlich gewordenen Sachen und Forderungen zu enthalten, so daß diese Verfügungen an sich möglich und gültig sind und den Verfügenden nur zum Schadensersatz verpflichten, auch die Zwangsvollstreckung in den Antheil jedes Gesellschafters an jeder einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sache oder Forderung seinen Gläubigern gestattet ist.

Dagegen erkennen das preußische Allgemeine Landrecht und das französische Recht (vgl. die Citate Motive III. S. 599 Anm. 1) die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens im obigen Sinne an, verneinen also ein quotatives Miteigenthum der einzelnen Gesellschafter an den einzelnen Gegenständen sowie eine Theilung der ausstehenden Forderungen nach Quoten und gestatten den Gläubigern der einzelnen Gesellschafter vor der Auseinandersetzung eine Vollstreckung nur in die Gewinnantheile ihres Schuldners (vgl. § 266 I. 17 A. L. R.).

Das Verhältniß der Miterben unterstellt der Entwurf (vgl. §§ 2051, 2151 ff.) ebenfalls, soweit körperliche Sachen in Frage kommen, lediglich den Rechtsregeln über Miteigenthum. Durch den Erbanfall gehen die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft des Gesetzes auf die Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile über, sie können also ihre Quote von jeder Forderung des Nachlasses einziehen und über ihren Antheil an jeder Nachlaßsache frei verfügen, haften dagegen für die Schulden nur nach Verhältniß ihres Erbtheils. Dabei wird ihre Pflicht zur Ausgleichung (Kollation) gar nicht be-

[11]) Also wesentlich dasselbe, was bei uns im Handelsrecht bei offenen Handelsgesellschaften gilt, H. G. B. Art. 102.

rücksichtigt. Dieselbe erzeugt nur einen persönlichen Anspruch der übrigen Miterben (§ 2157). Das Nachlaßgericht nimmt, wenn die Erben bekannt und vertreten, nur eine vermittelnde Stellung ein (§ 2156). — Einen grundsätzlich abweichenden Standpunkt nimmt hier das preußische Allgemeine Landrecht ein,[12] indem es in derselben Weise wie bei dem Gesellschaftsvermögen Geschlossenheit des Nachlasses bis zur Auseinandersetzung annimmt und bis dahin also gemeinschaftliches Handeln aller Erben erfordert. Nur in Betreff der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten bestehen Unterschiede, die hier nicht in Betracht kommen.

Die Gründe, welche der Entwurf für seinen Standpunkt geltend macht (Motive III. S. 612, 615, 616, V. S. 327 ff.) sind im Wesentlichen folgende: Bei der Gesellschaft müßten zwar die gemeinschaftlichen Gegenstände dem Zweck der Gesellschaft gemäß zusammengehalten werden, insbesondere, damit über dieselben im Liquidationsverfahren und zu dessen Zwecken gemeinsam verfügt werden könne, jedoch sei es bei den einfachen Gesellschaften, welche nach Ausscheiden der Handelsgesellschaften und der Erwerbsgesellschaften, welche gemäß § 659 die handelsrechtlichen Vorschriften aufnehmen würden, ungefährlich, diese Geschlossenheit nur obligatorisch anzuordnen. Für eine dingliche Unterbindung des Verfügungsrechts der Gesellschafter sei bei diesen gewöhnlichen Gesellschaften kein praktisches Bedürfniß. Durch eine solche würden manche Streitigkeiten entstehen, da es in vielen Fällen zweifelhaft sei, ob ein Gesellschafts- oder nur ein einfaches Gemeinschaftsverhältniß vorliege. Namentlich bezüglich der Führung des Grundbuchs und des Verkehrs mit Hypothekenforderungen würden nicht unerhebliche Schwierigkeiten geschaffen und bezüglich gemeinschaftlicher Forderungen würde das einfache Prinzip der Theilung derselben, welches der Entwurf in § 320 aufgestellt habe, hier beseitigt.

In Betreff der ungetheilten Erbschaft verkennt der Entwurf nicht, daß das System des römischen Rechts durch die Rechtslogik nicht geboten sei, daß die Theilung der Schulden unter die Miterben anomal sei und daß es am Nächsten liege, wenn der Nachlaß vorher liquidirt werde, bevor der einzelne Miterbe daraus etwas zur selbstständigen Verfügung erhalte. Wenn ein Miterbe Schulden des Nachlasses bezahlt oder sonstige Auslagen für denselben gemacht habe

[12]) Aehnlich auch das österr. Ges. Buch.

und besonders wenn er von einem andern Miterben eine Ausgleichung zu fordern habe, so könnten ihn schwere Nachtheile treffen, wenn er außer Stande sei, sich aus dem Nachlaß befriedigt zu sehen. Es liege nahe, zur Vermeidung dieser Nachtheile eine den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über Liquidation offener Handelsgesellschaft nachgebildete Regelung eintreten zu lassen. Indessen fehle es an Liquidatoren, an der öffentlichen Kundbarkeit der Personen derselben, an der buchmäßigen Klarlegung des Vermögens. Endlich erfordere diese Regelung eine Nachlaßverwaltung, welche dem Nachlaßgericht übertragen werden müßte und zu einem umständlichen und kostspieligen Verfahren führe. Das Preußische Allgemeine Landrecht vermeide zwar die dem gemeinen Recht anhaftenden Nachtheile zum großen Theil, allein es sei von andern schwer wiegenden Nachtheilen begleitet: namentlich dadurch, daß bei verzögerter Auseinandersetzung die Verfügungsgewalt des einzelnen Miterben auf längere Zeit ganz gelähmt sei, daß ihm ein genügender Einfluß auf die Forderung der einheitlichen Liquidation nicht in hinreichender Weise gesichert sei, daß endlich die Geltendmachung erbschaftlicher Forderungen bei fehlender Uebereinstimmung der Erben auf Schwierigkeiten stoße. Außerdem wird darauf hingewiesen, daß die bei der Gesellschaft angenommenen Grundsätze auch hier ein Festhalten an der Ablehnung des Rechtsinstituts der „gesammten Hand" bedinge.

Zur Vorbereitung für den 20. Deutschen Juristentag, welcher im September in Straßburg tagen wird, sind über die Frage: „welche Grundsätze sind in dem künftigen Deutschen Gesetzbuch über das Verhältniß der Miterben und ihre Auseinandersetzung aufzustellen?" (in Bd. I der Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages S. 133 ff.) zwei Gutachten veröffentlicht. Das eine derselben, verfaßt von Kammergerichtsrath Strützki, steht lediglich auf dem Standpunkt des Preußischen Landrechts, das andere, verfaßt von Professor Dr. Cosack, weist dagegen den Gedanken der „gesammten Hand" für die Miterben zurück und will an die Stelle ein Pfandrecht der Miterben wegen ihrer Ansprüche an den Nachlaßgegenständen setzen.

Er führt aus:

Beschränke man den Miterben in der Verfügung, so könne es dahin kommen, daß selbst der Erbe von Millionen während der Dauer der Auseinandersetzung bittre Noth leiden müsse. Die „gesammte Hand" sei die innigste Rechtsgemeinschaft, die es überhaupt gebe, zieme sich daher nur für Rechtsverhältnisse, welche die Bethei-

ligten in dem Bewußtsein des durch die Gemeinschaft begründeten Zwanges freiwillig eingehen (Ehe, offene Handelsgesellschaft u. s. w.), oder auf derartigen engen natürlichen Banden beruhen, daß das Gesetz bei den Betheiligten die Neigung, auch der innigsten Rechtsgemeinschaft sich zu fügen, voraussetzen dürfe (fortgesetzte Gütergemeinschaft). Diese Voraussetzungen seien bei Miterben nicht vorhanden. Auch sei die gesammte Hand nur dann ersprießlich, wenn im Verhältniß zu dritten eine einheitliche Vertretung der Genossen geschaffen werde. Diese stehe bei der ehelichen Gütergemeinschaft dem Ehemann, bei der offenen Handelsgesellschaft jedem Theilhaber zu. Bei den Miterben lasse sich dagegen eine solche Vertretungsvollmacht weder dem einzelnen Erben noch der Erbenmehrheit anvertrauen. Außerdem sei den Privatgläubigern eines Erben die Vollstreckung in Bestandtheile des Nachlasses erschwert. Daraus würden die Prozesse der Miterben durch die „gesammte Hand" unerfreulich gestaltet und bei Annahme eines „Individualrechts" des einzelnen Miterben, Nachlaßforderungen selbstständig einzuklagen, sei der Schuldner sich wegen derselben Schuld so vielen einzelnen Klagen ausgesetzt, wie Miterben vorhanden seien.

Gehen wir nun zur eigenen Prüfung über, so ergeben sich folgende Gesichtspunkte:

1. Es ist die Wahl zwischen einem Rechtsverhältniß der „gesammten Hand" und der Annahme eines Miteigenthums zu bestimmten Antheilen an jedem einzelnen Vermögensobjekt zu treffen. Sowohl bei der Gesellschaft wie bei der ungetheilten Erbschaft ist nun aber ein Komplex von Vermögensgegenständen vorhanden, in Betreff dessen erst bei der Auflösung und Auseinandersetzung die Antheile der einzelnen Theilhaber bestimmbar sind. Betrachten wir die Gesellschaft, so sehen wir, daß nur die Antheile an Gewinn und Verlust der einzelnen Gesellschafter von Anfang an feststehen. Diese Antheile dürfen nicht mit Antheilen am Gesellschaftsvermögen identifizirt werden. Denn während der Dauer der Gesellschaft ist das Gesellschaftsvermögen dazu bestimmt, den Zwecken der Gesellschaft zu dienen und darf darüber nur zu gesellschaftlichen Zwecken verfügt werden. Bei Auflösung der Gesellschaft sind aber nach Bezahlung der Schulden zunächst die Einlagen zurückzugeben und nur der etwaige Ueberschuß wird als Gewinn nach den vertragsmäßigen aber gesetzlichen Quoten vertheilt. (Vgl. § 656 Entw.) Daraus folgt, daß nur dann, wenn die Gesellschafter einen ihrer

Gewinnquote gleichen Antheil an der gesammten Einlage geleistet haben, die Annahme eines dieser Quote gleichen Antheils jedes Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen überhaupt eine scheinbar rechtliche Grundlage hätte. Dieser Fall ist aber selten. Meistens werden in Folge ungleicher Mittel ungleiche Einlagen gemacht, häufig besteht der Beitrag eines Genossen auch nur in persönlichen Leistungen (§ 630 Entw.) oder in Gewährung des Gebrauches oder der Benutzung von Gegenständen (§ 631 Entw.); für Beiträge dieser Art wird bei der Auseinandersetzung nichts vergütet. (§ 656 Entw.) Ist es trotzdem gerechtfertigt, Gewinn und Verlust nach Köpfen zu vertheilen (§ 647 Entw., vgl. Art. 122 H. G. B.), so ist es gewiß materiell ungerechtfertigt und der Absicht der Betheiligten widersprechend, ein Miteigenthum jedes Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen und seiner einzelnen Bestandtheile nach denselben Quoten anzunehmen, wie dies im § 631 des Entwurfs geschieht. Alles dies gilt keineswegs etwa nur von der offenen Handelsgesellschaft, sondern auch von der gewöhnlichen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Erstere ist nur die am meisten ausgebildete Art der Gesellschaft, der Unterschied zwischen beiden ist kein essentieller.[13]) Will man nun mit dem Entwurf jene materielle Ungerechtigkeit dadurch ausgleichen, daß man den einzelnen Gesellschaftern im Verhältniß nach innen und persönlich die obligatorische Verpflichtung auferlegt, von den dinglichen Rechten, welche man ihnen zu Unrecht eingeräumt hat, keinen Gebrauch zu machen, so ist dies doch ein gefährlicher Umweg, der sicher nicht ohne dringende Noth gemacht werden darf. Dringende Noth ist aber nicht vorhanden, sobald sich eine andere rechtliche Gestaltung bietet, welche unmittelbar zum Ziel führt. Die „Aktionsfreiheit“, welche man dem Gesellschafter verleiht, in gültiger Weise Forderungen einzuziehen und Antheile an Sachen zu veräußern, von denen ihm, ökonomisch gedacht, nichts gehört, öffnet dem Mißbrauch und der Bereicherung auf fremde Kosten Thor und Thür und stellt den Fortbestand der Gesellschaft fortwährend in Frage. Diese Nachtheile können durch Beschlagnahme der Privatgläubiger des Gesellschafters auf seine formellen Antheile an den einzelnen Sachen und Forderungen der Gesellschaft auch gegen den eigenen Willen des Gesellschafters eintreten. Die sicherste Grundlage für jedes dauernde Verhältniß ist ein damit übereinstimmender dinglicher Rechtszustand.

[13]) Siehe unten unter 8.

Die Ansicht der Motive, daß bei Annahme des § 659 alle solche Gesellschaften ausscheiden würden, denen die Basirung des Rechtsverhältnisses auf rein obligatorischer Grundlage gefährlich werden könnte, ist gewagt. Es wird sehr viele Gesellschaften zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts bedeutenden Umfangs geben, welche doch vor einer Eintragung in das Handelsregister zurückscheuen, da das Führen von kaufmännischen Büchern, Aufstellen von Inventuren und Bilanzen sowie die mit der Eintragung in das Register verbundene Publizität, auch das Führen einer Firma und die Einreihung unter die Kaufleute theils ihren Kenntnissen, theils ihren Neigungen widerstreiten wird. Man denke z. B. an zwei Brüder, die zusammen ein Gut besitzen und dasselbe gemeinschaftlich bewirthschaften.

Das Rechtsverhältniß der Miterben ist ein dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter sehr ähnliches. Stehen auch hier die erbrechtlichen Antheile durch Vertrag, Testament oder Gesetz fest, so sind doch auch hier diese Antheilsrechte nicht mit Antheilen an der wirklich bei dem Tode des Erblassers vorhandenen Erbschaftsmasse zu identifiziren. Der Erbe, dessen Erbquote z. B. ½ beträgt, hat in Wahrheit gar keinen Antheil an der vorhandenen Erbschaftsmasse, wenn er schon bei Lebzeiten des Erblassers eine Zuwendung erhalten hat, welche der bei dem Tode des Erblassers vorhandenen Masse gleich kommt und auf den Erbtheil in Anrechnung oder — um mit dem Entwurf zu sprechen — zur Ausgleichung zu bringen ist. Es würde sicher gänzlich unverstanden bleiben, wenn man einem solchen Erben oder seinem Privatgläubiger mit dem Entwurf das Recht beilegen wollte, die Hälfte der zum Nachlaß gehörigen Forderungen einzuziehen und die ideelle Hälfte aller übrigen Nachlaßsachen zu veräußern, den Miterben dagegen auf den persönlichen Anspruch verweisen wollte, alles dies zurückzufordern, was materiell ohne jedes Recht der lediglich formelle Miterbe sich angeeignet hat. In unendlich vielen Fällen würde ihm die Realisirung dieses Anspruchs unmöglich sein. Aehnlich gestaltet sich die Sachlage, wenn ein Miterbe für die Masse Auslagen besorgt oder Schulden bezahlt hat, oder wenn er auf den Erbtheil anzurechnende Vermächtnisse erhalten hat. Nur durch eine Auseinandersetzung, bei welcher alle diese gegenseitigen Ansprüche berücksichtigt werden, kann ein dem materiellen Recht entsprechendes Ergebniß erzielt werden.

2. Auch das römische Recht geht weder bei der Gesellschaft (was die Motive III. S. 600, wo Uebereinstimmung mit dem ge-

meinen Recht behauptet wird, übersehen), noch bei dem Verhältniß der Miterben so weit wie der Entwurf. Denn in Ansehung der Gesellschaft legt dasselbe ausdrücklich der Abrede, daß eine Theilung körperlicher zum Gesellschaftsvermögen gehöriger Sachen bis zum Ablauf einer bestimmten Zeit oder vor Erfüllung des Gesellschaftszwecks nicht verlangt werden dürfe, dingliche Wirkung bei, so daß Jedem, welcher von einem Gesellschafter einen ideellen Antheil an einer solchen Sache erworben hat, der Einwand, daß die Theilung nach Abrede mit seinem Rechtsurheber unzulässig sei, entgegengesetzt werden darf.

Vgl. l. 14 § 3 Dig. Comm. divid. 10. 3 l. 16 § 1 Dig. pro Socio 17. 2.

Der Entwurf schreibt dagegen zwar das „Ne dividatur" schon gesetzlich, auch ohne ausdrückliche Abrede, vor, aber ohne Wirkung gegenüber den Sondernachfolgern und verbietet es, eine solche Abrede mit dieser Wirkung zu treffen.

In Betreff der Kollationsverbindlichkeit der Miterben sucht das römische Recht die Erfüllung dadurch zu sichern, daß der Kollationsverpflichtete seinen Erbtheil an die Kollationsberechtigten verliert, wenn er nicht auf Erfordern Sicherheit für seine Kollationsverbindlichkeit bestellt. Ausdrücklich bestimmt ist dies für die collatio emancipati und collatio dotis des älteren Rechts, wird aber auch bei der von Justinian eingeführten neuern Kollation des Descendenten als anwendbar betrachtet.

Vgl. l. 1 §§ 10, 13, l. 2 §§ 8, 9, l. 3 pr. Dig. de collat. bonor. 36. 6. Windscheid Pand. III. § 610 Note 25.

Nach dem Entwurf fehlt es dagegen den zur Ausgleichung Verpflichteten gegenüber an jeder Sicherheit.

Für unser modernes Recht sind übrigens auch jene römischen Rechtsbehelfe kaum verwendbar und es kann keine Rede davon sein, sich dafür zu entscheiden, dieselbe an Stelle der Rechtsidee der gesammten Hand aufzunehmen. Denn das vertragsmäßige oder gesetzliche Verbot einer vorzeitigen Theilung oder Veräußerung [14]) würde, auch wenn man demselben dingliche Wirkung beilegen wollte, nach den richtigen und unumstößlichen Grundsätzen unsers Verkehrsrechts, welche auch der Entwurf festhält, dem gutgläubigen dritten Erwerber

[14]) Selbstverständlich würde es sich hier nur um ein relatives Verbot der Veräußerung handeln, welches die Veräußerung nicht nichtig macht; vgl. Motive zu § 107 Entw.

gegenüber nicht entgegengesetzt werden können (vgl. §§ 107 Abs. 1 a. f. 837, 838, 877 bis 879, 1152, 1180 Entw.) und es würde somit in den meisten Fällen die dingliche Wirkung der Eigenthumsbeschränkung illusorisch sein. Gehört dagegen das gemeinschaftliche Vermögen der „gesammten Hand“, so ist eine widerrechtliche Veräußerung an Dritte nur im Fall einer Unterschlagung möglich. In Betreff der Forderungen wäre ein Ausschluß der Theilung auf Zeit überhaupt nicht möglich, wenn dieselben gesetzlich getheilt sind. Wollte man aber wieder die Einziehung oder Cession der getheilten Forderungen seitens des einzelnen Theilhabers zum Zweck der Deckung des Mittheilhabers beschränken, so wäre in Wahrheit trotz der vermeintlichen Theilung doch nur eine Gesammtforderung vorhanden. Ebenso wenig würde den zur Ausgleichung berechtigten Miterben durch eine nachträgliche Entziehung des Erbrechts der verpflichteten Miterben durchgreifend zu helfen sein. Der Entwurf hat mit Recht den Grundsatz angenommen, daß die Erbschaft kraft Gesetzes von dem berufenen Erben erworben wird. Wollte man nun auch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit zur Ausgleichung unter die Fälle der Erbunwürdigkeit (§§ 2045 ff.) aufnehmen und den Miterben eine Anfechtung des Erbschaftserwerbes mit der Wirkung gestatten, daß im Fall des Erfolgs der Erbanfall als nicht geschehen anzusehen wäre (§§ 2042, 2048), so würden doch die inzwischen erfolgten Rechtshandlungen Dritten gegenüber gültig bleiben (§ 2056). Hat der zur Ausgleichung Verpflichtete also inzwischen seine Antheile an den Erbschaftssachen veräußert und seine Antheile an den Außenständen eingezogen, so bleibt das Resultat dasselbe, wie bei den Bestimmungen des Entwurfs.

3. Nach den früher entwickelten Grundsätzen ist bei der Gestaltung eines Rechtsverhältnisses zur gesammten Hand wesentlich:

> daß neben dem Sonderwillen der einzelnen Theilhaber ein Gesammtwille anerkannt wird, daß als Eigenthümer der Sache und aller ihrer Theile oder der zu einem Ganzen vereinigten Gegenstände und Rechte des Gesammtvermögens nur die Gesammtheit angesehen wird und daß an sich nur dieser Gesammtheit die Verfügung über die letzteren zusteht.

Geht man nun auf das Einzelne, so würde zunächst zu erörtern sein:

A. durch welches Organ der Gesammtwille thätig wird,

B. die Begrenzung der Sonderrechte der Theilhaber und der Rechte der Gesammtheit.

Zu A.: die Organe des Gesammtwillens können für alle Rechtsverhältnisse zur gesammten Hand nicht dieselben sein, da diese Verhältnisse zu verschiedener Natur sind, je nach dem persönlichen Band, welches die Theilhaber mit einander verbindet. Ist beispielsweise in der ehelichen Gütergemeinschaft der Ehemann der natürliche Verwalter des Gesammtvermögens, so findet sich bei keiner andern Rechtsgemeinschaft eine Person, die einen gleichen Anspruch auf eine solche Rechtsstellung erheben könnte. Es ist ferner davon auszugehen, daß die gesammte Hand nicht die Unterwerfung der Minderheit unter den Willen einer Mehrheit bedingt, daß vielmehr als Organ des Gesammtwillens auch die sämmtlichen Theilhaber gedacht werden können. Je enger das persönliche Band unter den Theilhabern ist, desto eher wird die Herrschaft einer Mehrheit gegenüber einer Minderheit am Platz sein und umgekehrt die Ansicht Cosack's, daß die gesammte Hand überhaupt eine so innige Rechtsgemeinschaft wegen des damit verbundenen Zwanges voraussetzt, scheint auf der irrigen Ansicht zu beruhen, daß damit nothwendig eine Mehrheitsherrschaft verbunden sei.

Gesetzlich kann meines Ermessens nun insbesondere weder bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts noch bei der ungetheilten Erbschaft die Vertretung des Gesammtwillens einer Mehrheit oder — wie bei der Gesellschaft des französischen und des schweizerischen Bundesrechts sowie bei der offenen Handelsgesellschaft — einem jedem Theilhaber vorbehaltlich des Widerspruchsrechts der andern anvertraut werden. Es ist vielmehr dabei stehen zu bleiben, daß nur sämmtliche Gesellschafter (§ 634 Entwurf) und sämmtliche Miterben, beziehentlich gegenüber einem der Theilhaber sämmtliche übrigen für die Gesammtheit handeln können, falls nicht durch Vertrag oder — bei Miterben durch Testament — etwas Anderes festgesetzt ist. Bei den Miterben ergiebt sich dies eigentlich von selbst. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts handelt es sich häufig um Vereinigungen, welche nur vorübergehende Zwecke haben (Gelegenheitsgesellschaften vgl. H. G. B. Art. 269), die ohne ein gegenseitiges besonderes Vertrauensverhältniß eingegangen werden, während eine offene Handelsgesellschaft von Personen eingegangen wird, welche in dieser Gesellschaft gemeinschaftlich dauernd ihre ganze Berufsthätigkeit ausüben wollen und nie ohne sorgfältige Prüfung zusammen treten. Für den Fall, daß eine Erwerbsgesellschaft des bürgerlichen Rechts etwas Aehnliches bezweckt, mag eine anderweitige

Organisation durch Vertrag geschaffen werden (vgl. §§ 635—641 Entwurf).

Das Preußische Allgemeine Landrecht erklärt sowohl für Erwerbsgesellschaften wie für das Verhältniß der Miterben seine gesetzlichen Vorschriften über Miteigenthum für anwendbar. Ebenso will der Entwurf seine Vorschriften über Gemeinschaft (§§ 762—772) wenigstens subsidiär (vgl. §§ 773, 2151) auf die Gemeinschaft der Gesellschafter und der Miterben anwenden. Eine solche subsidiäre Anwendung von Vorschriften, welche die persönlichen Beziehungen, die sich aus dem reinen Miteigenthum ergeben, regeln, ist meines Ermessens ausgeschlossen, sobald es sich um Rechtsinstitute der „gesammten Hand" handelt. Die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sachen ist ein Theil der Geschäftsführung, welche dem Gesammtorgan obliegt, und läßt sich unmöglich davon trennen. Ebenso richtet sich bei der Gesellschaft der Umfang der Gebrauchs- und Nutzungsrechte der Einzelnen lediglich nach den Zwecken der Gesellschaft. Endlich vollzieht sich die Auflösung und Liquidation nach ganz andern Grundsätzen. Es würde wesentlich zur Klarheit des Preußischen Allgemeinen Landrechts beigetragen haben, wenn man sich dieser Unterschiede klar bewußt geworden wäre. Kommt somit die subsidiäre Geltung der §§ 762—772 in Wegfall[15]), so entsteht die Frage, ob die sowohl im Preußischen Allgemeinen Recht (I. 17 §§ 12—43) wie in dem Entwurf (§ 765) bei Verwaltung einer im Miteigenthum stehenden Sache zugelassene Herrschaft einer Stimmenmehrheit nicht wenigstens für gewisse z. B. für die zur Erhaltung der Sache nothwendigen Verfügungen beizubehalten und insoweit eine Ausnahme von dem gesetzlichen Grundsatz der Einstimmigkeit aller Theilhaber bei der Gesellschaft und der ungetheilten Erbschaft zu machen sei. Meines Ermessens ist diese Frage zu verneinen. Zunächst würde es schon nicht leicht sein, die Ausnahmefälle deutlich auszuscheiden. Führt man ferner eine gesetzliche — nicht auf den ausdrücklichen Willen der Betheiligten beruhende — Mehrheitsherrschaft ein, so werden wieder Vorschriften über den Schutz der Minderheit erforderlich, der beispielsweise im preußischen Recht ganz ungenügend ist. In einem mir aus der Praxis bekannten Fall fiel eine Millionenerbschaft, die aus einem Komplex von Gütern

[15]) Bei der ehelichen Gütergemeinschaft hat auch der Entwurf die grundsätzliche subsidiäre Geltung der §§ 762 ff. nicht aufgenommen. Es werden in § 1378 nur die §§ 769 bis 771 mit Modifikationen für anwendbar erklärt.

bestand, an die beiden Eltern des Erblassers und seine Ehefrau als Erben. Die Eltern, welche der Schwiegertochter feindlich gesinnt waren, hatten die Mehrheit der Stimmen und benutzten ihre Herrschaft dazu, daß sie während der Jahre dauernden Nachlaßregulirung sich selbst als Verwalter einsetzten, wodurch der Schwiegertochter der Aufenthalt im Sterbehause unmöglich gemacht wurde. Da ihr ferner von den Verwaltern keine Revenüen gezahlt wurden, so konnte sie in der That trotz der Millionen in Bedrängniß gerathen, deren Ende erst durch die Auseinandersetzung zu erreichen war. In einem andern Fall majorisirten Erben, welche schon vor dem Tode des Erblassers größtentheils abgefunden und zur Kollation verpflichtet waren, ihre Miterben, die noch nichts bekommen hatten. Der Entwurf versucht es, einen Schutz der Minderheit zu erlangen, indem er (§ 765 Abs. 3) vorschreibt, daß die von der Mehrheit beschlossene Verwaltung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entsprechen müsse, ferner (§ 772), daß in gewissen Fällen ein Theilhaber von dem andern im Wege der Klage die Einwilligung in eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Art der Verwaltung verlangen könne, falls nicht eine von der Mehrheit beschlossene, der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entsprechende oder sonst bestimmte Verwaltung vorhanden ist. Meiner Ansicht nach ist aber, abgesehen von der Langwierigkeit eines Prozeßverfahrens, der prozessuale Nachweis, ob die Verwaltung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entspricht oder nicht, ein höchst prekärer und es ist in Wahrheit jedem Theilhaber nicht schon mit einer Verwaltung gedient, welche sich nur in diesem äußersten Rahmen der Pflicht bewegt. Ist die Zustimmung aller Theilnehmer zu der Verwaltung erforderlich, so sind sie im gegenseitigen Interesse gezwungen, auf die allseitigen Wünsche Rücksicht zu nehmen.

Dagegen halte ich es für erforderlich, nach Analogie der Bestimmungen der §§ 1306, 1358 Entwurfs, jedoch mit einer Beschränkung (am Schluß), für den Fall der Abwesenheit oder Krankheit einzelner Theilhaber den übrigen das Recht einzuräumen, für die Gesammtheit zu handeln und demgemäß zu bestimmen:

> „Sind einzelne Theilhaber durch Abwesenheit oder Krankheit zu der Vornahme von Rechtsgeschäften oder Führung von Rechtsstreitigkeiten, welche sich auf das Gesammtvermögen beziehen, außer Stande, so sind die übrigen zur Vornahme solcher Rechtsgeschäfte oder Führung solcher Rechtsstreitig-

keiten im Namen der sämmtlichen Theilhaber berechtigt, sofern Gefahr im Verzuge ist. Sie sind jedoch auch in diesem Fall nicht befugt, Sachen und Gelder für die Gesammtheit in Empfang zu nehmen, sondern nur deren Hinterlegung zu verlangen."

Zu B. Auch die Sonderrechte des einzelnen Theilhabers können bei allen Arten von Rechtsgemeinschaften zur gesammten Hand nicht dieselben sein. Namentlich bedingt auch hier die gütergemeinschaftliche Ehe eine besonders unbeschränkte Stellung des Ehemannes. In Betreff der Gesellschaft und der Miterben bei ungetheilter Erbschaft sind als zweifellose Sonderrechte des einzelnen Theilhabers anzuerkennen:

a) Das Recht, über sein Anrecht an der Masse im Ganzen zu verfügen, sowie die Auskehrung seines Antheils im Wege der Auseinandersetzung zu fordern und — bei den auf Dauer eingegangenen Erwerbsgesellschaften — das Recht auf Rechnungslegung und Auszahlung eines Gewinnantheils am Ende jedes Geschäftsjahres (§ 646 Entw.) Diese Rechte sind übertragbar. Natürlich kann ein Gesellschafter aber durch eine Verfügung über seinen Gesellschaftsantheil der Gesellschaft nicht eine andere Person an seiner Statt als Gesellschafter aufdringen. Er bleibt also für seine Person als Gesellschafter verpflichtet. Ebenso wird der Verkäufer einer Erbschaft seiner Verpflichtungen durch den Verkauf nicht ledig (§ 497 Entw.).

b) Das Recht, sich persönlich von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten und die Bücher und Papiere einzusehen (§ 643 Entw.). Dieses Recht ist als ein nur der Person zustehendes nicht übertragbar (vgl. Art. 98 H. G. B.).

Dagegen ist als ein Sonderrecht nicht der Anspruch des einen Gesellschafters an den andern auf Leistung von Beiträgen zu den Zwecken der Gesellschaft anzusehen. Dieser Anspruch steht nicht dem einzelnen Gesellschafter, sondern der Gesammtheit zu. Der Entwurf, welcher — von seinem Standpunkt aus — auch diesen Anspruch als den einzelnen Gesellschaftern zustehend ansehen mußte, bestimmt — um die hieraus sich ergebende Inkongruenz zu beseitigen — im § 644, daß derselbe nicht übertragbar sei.

Auch ist der Anspruch eines Theilhabers auf Ersatz von Auslagen für die Gesellschaft kein eigentliches Sonderrecht, da derselbe auf einem besonderen Rechtsgeschäft, welches er mit der Gesellschaft eingeht, wie Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, beruht. —

c) Ueberläßt man nun alles Weitere dem Gesammtwillen, so entsteht die brennende Frage, in welcher Weise zu helfen ist, wenn das Organ des Gesammtwillens seine Pflicht nicht erfüllt, ein Fall, der bei vertragsmäßig oder gesetzlich erforderlicher Einstimmigkeit auch dann vorliegt, wenn über wichtige gemeinsame Angelegenheiten ein einstimmiger Beschluß nicht zu erlangen ist.[16])

Die dadurch entstehende Gefahr ist in der That erheblich und stellt die Schattenseite des Instituts der „gesammten Hand" dar. Alle nicht bloß theoretischen Einwendungen dagegen sind auf diesen Mangel zurückzuführen. Es ist sicher nicht zu leugnen, daß Verzögerungen und Verluste der schwersten Art vorkommen können, wenn der Gesammtwille ungenügend oder gar nicht funktionirt.

Ist die Geschäftsführung durch Vertrag einem oder mehreren der Theilhaber oder einem Dritten übertragen, so haftet der so bestellte Vertreter freilich auf Schadensersatz bei schlechter Geschäftsführung, aber der Anspruch auf Schadensersatz steht jedenfalls während der Dauer der Gemeinschaft nur dieser, wie jede andere zum Gesammtvermögen gehörige Forderung zu, kann also nicht von dem einzelnen Theilhaber, sondern nur von sämmtlichen, beziehungsweise — falls der Anspruch sich gegen einen Theilhaber richtet — von sämmtlichen übrigen Theilhabern geltend gemacht werden.

Vgl. Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 19 S. 178 ff., Bd. 22 S. 239 ff. in Betreff der Aktiengesellschaften.

Der einzelne Theilhaber müßte also mit der Geltendmachung dieser Ansprüche bis zur erfolgten Auseinandersetzung, bei welcher er Uebereignung derselben auf seinen Antheil fordern kann, warten. Nur Ansprüche, die auf einer gegen den einzelnen Gesellschafter vorliegenden Arglist (actio doli) beruhen, würden eine Ausnahme bilden (vgl. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 29 S. 180).

Sind in Ermanglung eines Vertrages die sämmtlichen Theilhaber zur Sammtvertretung berufen, so sind Schadensersatzansprüche der Gesammtheit wegen schlechter Geschäftsführung überhaupt ausgeschlossen, weil ein von dem Gesammtorgan verschiedener Geschäftsführer nicht vorhanden ist. Verhindern oder verzögern einzelne Theilhaber nothwendige Rechtshandlungen durch ihren Widerspruch,

---

[16]) In den Fällen, wo eine Zögerung durch Abwesenheit und Krankheit einzelner Theilhaber eintritt, ist durch die Einräumung theilweiser Gesammtvertretung an die übrigen (oben unter A) auch nicht vollständig geholfen, da diese sich nur auf die Geschäfte beziehen kann, bei denen Gefahr im Verzuge vorliegt.

so würden daraus auch selbstständige Schadensersatzansprüche der übrigen Theilhaber — abgesehen von dem Fall der Arglist — nach allgemeinen Grundsätzen nicht abgeleitet werden können.

Um nun die Möglichkeit von Ansprüchen der einzelnen Theilhaber gegen ihre Genossen in weiterem Umfang zu schaffen, würde sich empfehlen, die ausdrückliche Bestimmung aufzunehmen:

> „Jeder Theilhaber ist gegenüber dem andern verpflichtet, zu einer behufs der ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlichen Maßregel mitzuwirken."

Aehnliche Bestimmungen enthält der Entwurf bereits in Betreff des Gemeinschaftsverhältnisses, welches zwischen dem Nießbraucher und Eigenthümer einer Forderung oder dem Pfandnehmer und Eigenthümer einer Forderung, sowie zwischen Ehegatten nach aufgelöster Gütergemeinschaft besteht (vgl. §§ 1033—1036, 1217—1218, 1373 Entw.). Alle Ansprüche der gedachten Art leiden jedoch an großer Schwerfälligkeit. Sie werden meistens in der Form von Schadensersatzansprüchen den Ereignissen nachhinken und als solche regelmäßig einen vollen Ausgleich des wirklichen Schadens nicht bringen, auch prozessualisch schwer durchzusetzen sein.

Es muß daher noch ein weiteres Mittel aufgesucht werden, welches geeignet wäre, den Eintritt des Schadens zu verhindern.

Die preußische Praxis glaubte, ein solches in der Einräumung gewisser „Individualrechte" an die einzelnen Theilhaber gefunden zu haben, indem dieselben für berechtigt erachtet werden, aus eigenen Rechten Alles im Interesse der Gesammtheit zu thun, wodurch die Rechte der Theilnehmer nicht verletzt werden und der Verpflichtete nicht in eine schlechtere Lage versetzt wird. Von diesem Grundsatz ausgehend, werden namentlich Klagen einzelner Theilhaber behufs Klarstellung der Rechte der Masse auf Rechnungslegung an die Gesammtheit und auf Anerkennung bestrittener Rechte, auf Einzahlung von Schulden und Ablieferung von Sachen an die öffentlichen Hinterlegungsstellen zugelassen. Als Voraussetzung wird erfordert, daß der Kläger ein eigenes Interesse bei der Durchführung der Klage habe und daß durch eine dem Klagantrag entsprechende Verurtheilung den Rechten der übrigen Theilhaber nicht präjudizirt werde, aus welchem Grunde beispielsweise die Anfechtung angeblich ungültiger Verträge des Erblassers dem einzelnen Miterben versagt worden ist. Obwohl der Einzelne aus gemeinsamem Recht klagt, so kann doch das von ihm verlangte Urtheil weder für noch gegen die

übrigen Theilhaber rechtskräftig werden, weil er nicht als Vertreter der Gesammtheit auftritt. Im Einzelnen ist in dieser Beziehung Manches streitig und die Berechtigung dieser Klagrechte ist sowohl aus praktischen wie aus theoretischen Gründen vielfach angefochten.[17]) Es ist auch unleugbar ein Widerspruch, den Einzelnen nicht als Vertreter der Gesammtheit anzusehen und denselben dennoch zu berechtigen, Rechte der Gesammtheit geltend zu machen. Außerdem ist die Grenzlinie, bis zu welcher dieses Individualrecht anzuerkennen, eine höchst unsichere, und dem Ermessen des Richters bleibt in dieser Beziehung zu viel überlassen. In sehr wichtigen Fällen, wie z. B. gerade bei der Anfechtung angeblich ungültiger Verträge, der Geltendmachung von Ansprüchen aus zweiseitigen Verträgen, bei welchen die Gegenleistung von dem einzelnen Theilhaber nicht dargeboten werden kann, versagt das Individualrecht ganz, ebenso wenn zum Zweck ordnungsmäßiger Verwaltung die Eingehung neuer Rechtsgeschäfte nothwendig wird. Handelt es sich um Ansprüche auf Herausgabe von Sachen, welche nicht an eine öffentliche Hinterlegungsstelle, also nur an alle Interessenten gemeinschaftlich abgeliefert werden können, würde bei Renitenz eines Einzelnen, selbst ein auf Herausgabe (oder Auflassung) an Alle lautendes Erkenntniß nicht zu vollstrecken sein. Ließe sich also auch die Gefahr, daß über denselben Gegenstand von den einzelnen Theilhabern gleichzeitig oder nacheinander gegen dieselben Personen Prozesse geführt werden und daß das von dem einen Theilhaber oder gegen denselben erstrittene Urtheil nicht gegen die andern Rechtskraft gewinne, vielleicht dadurch beseitigen, daß man mehrere gleichzeitig schwebende Prozesse vereinigt und daß man einer Streitverkündung an die Theilhaber die Wirkung beilegt, daß auch sie das ergehende Urtheil gegen sich gelten lassen müssen, so ist doch meines Ermessens nicht anzurathen, diese preußische Praxis zum Reichsgesetz zu machen. Bei der offenen Handelsgesellschaft wird den Gesellschaften, welche an der Geschäftsführung nicht Theil nehmen, ein ähnliches Recht auch nicht beigelegt. Ebensowenig findet sich Aehnliches im ehelichen Güterrecht.[18]) Es würde

---

[17]) Vgl. Förster-Eccius I. § 63 Note 8, IV. § 271 Note 19 ff. Dernburg II. § 51 Nr. 2, III. § 239.

[18]) Die Bestimmung im § 339 Entw., wonach jeder von mehreren Gläubigern, welche eine untheilbare Leistung zu fordern haben, Leistung an alle zu fordern berechtigt sein soll, scheint auf Anerkennung eines „Individualrechts“ trotz Vorhandenseins einer Gesammtforderung hinzudeuten, dagegen hat der Entwurf

sicher als eine äußerste Inkonsequenz empfunden werden, wenn man auf der einen Seite eine Rechtsgemeinschaft zur gesammten Hand schaffen und auf der andern Seite der einzelnen Hand derartige Eingriffe gestatten wollte. Gehört das Recht der gesammten Hand, so kann es von dem Einzelnen nur dann und insoweit ausgeübt werden, als er zur Vertretung der Gesammtheit befugt ist, nach den Vorschlägen unter A also nur in den dort genannten Ausnahmefällen. — Es könnte aber noch in Frage kommen, ob den einzelnen Theilhabern nicht wenigstens das Recht einzuräumen wäre, von der Gesammtheit die Abtretung von Ansprüchen, welche derselben seiner Ansicht nach zustehen aber von ihr bisher nicht erhoben sind, zum Zweck der Geltendmachung aus eigenem Recht, aber im Interesse der Gesammtheit, zu fordern.

Vgl. R. G. Entsch. Bd. 22 S. 244 ff. in Betreff der Aktiengesellschaften.

Meines Ermessens ist auch dieser Ausweg abzulehnen. Würde auch durch die Abtretung das Bedenken gegen die Legitimation des einzelnen Theilhabers beseitigt, so fehlt es doch an einem haltbaren Rechtsgrund, dem einzelnen Theilhaber das Recht auf eine solche zuzugestehen. Da alle Theilhaber gleiche Rechte haben, so würde Jeder dieselbe Abtretung fordern können, die doch nur einmal ertheilt werden kann. Außerdem wäre die Gesellschaft bald dem Verlangen nach Abtretung von Ansprüchen ausgesetzt, die sie selbst nicht anerkennt, bald zur Abtretung solcher Ansprüche genöthigt, deren eigene Geltendmachung sie nicht aufgegeben, vielmehr nur für spätere Zeit zurück gestellt hat. Materiell wäre diese Abtretung nur eine Vollmacht, für die Gesellschaft zu handeln und eine solche zu fordern, soll und darf der Einzelne nicht berechtigt sein.

Zur Beseitigung der vorhandenen Uebelstände bietet sich meiner Ansicht nach nur folgendes weitere Mittel:

d) Es muß als ein ferneres Sonderrecht, unter gewissen Umständen dem einzelnen Theilhaber das Recht eingeräumt werden, eine gerichtliche Verwaltung des Gesammtguts zu verlangen.

Dabei ist davon auszugehen, daß eine solche überhaupt nur möglich ist, wenn sich die Gemeinschaft im Zustande der Liquidation befindet, da in einem bestehenden Betrieb gerichtlich nicht eingegriffen werden kann.

auch bei der nach Auflösung der gütergemeinschaftlichen Ehe fortbestehenden Gemeinschaft zur „gesammten Hand“ das gedachte „Individualrecht“ nicht aufgenommen.

Es ist daher bei der Gesellschaft eine vorhergehende Auflösung erforderlich. Natürlich kann dieselbe aber nicht schon bei jeder Differenz der Meinungen der Gesellschafter und dadurch entstehender Stockung in der Geschäftsführung gefordert werden. Es ist vielmehr in Anschluß an § 648 des Entwurfs zu bestimmen:

> daß die vorzeitige Auflösung auch dann gefordert werden könne, wenn ein anderer Gesellschafter aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit durch seinen Widerspruch die Vornahme solcher Rechtshandlungen verhindert, welche im Interesse der Gesellschaft erforderlich sind.

Da jeder Gesellschafter verpflichtet ist, zur Erreichung des Gesellschaftszwecks nach Kräften beizutragen, so würde in diesem Fall „die Verletzung einer ihm aus dem Gesellschaftsvertrag obliegenden wesentlichen Verpflichtung" vorliegen, welche schon nach dem jetzigen Wortlaut des § 648 die Auflösung motivirt. Es ist jedoch besser, wenn der gedachte Fall mit ausdrücklichen Worten hervorgehoben wird.[19]) Ob ein solcher Fall vorliegt, muß im Streitfall der Rechtssprechung des Prozeßrichters vorbehalten bleiben, die nöthigenfalls im Stande ist, auf Grund des § 819 Civilprozeßordnung im Wege einstweiliger Verfügung sofort einzugreifen.

Dagegen wird die Befugniß zur Ernennung von Liquidatoren — bei der ungetheilten Erbschaft: Nachlaßverwaltern — am Passendsten den Amtsgerichten überwiesen, welche schon jetzt für die im Handelsgesetzbuch und dessen Ergänzungen den Gerichten zugewiesenen, von der Civilprozeßordnung nicht betroffenen Angelegenheiten — wenigstens in Preußen vgl. Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz § 25 Nr. 2 — und in Nachlaßsachen zuständig sind. Nach Analogie von Art. 133 Handelsgesetzbuch wäre in Betreff der Gesellschaft in Anschluß an § 655 Entw. zu bestimmen:

> „Auf Antrag eines Gesellschafters kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Amtsgericht des Orts, von welchem aus die Gesellschaft ihre Geschäfte führt,

[19]) Wird nach dem Vorschlag zu c die Verpflichtung jedes Theilhabers, zu einer behufs ordnungsmäßiger Geschäftsführung erforderlichen Maßregel mitzuwirken, festgestellt (vgl. § 634 in der Zusammenstellung am Schluß dieses Aufsatzes), so liegt, wenn dies nicht geschieht, die Verletzung einer ausdrücklich gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht vor. Es kann dann demgemäß der Zusatz zu § 648 kürzer dahin gefaßt werden, wie in der Zusammenstellung geschehen, daß die Auflösung auch im Fall der Verletzung einer gesetzlichen Pflicht verlangt werden könne.

erfolgen. Führt die Gesellschaft ihre Geschäfte von mehreren Orten aus, welche in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, so erfolgt die Bestimmung des zuständigen Amtsgerichts durch das für alle diese Bezirke zuständige höhere Gericht."

Den Liquidatoren sind dieselben Befugnisse beizulegen, welche in den Art. 136—138, 140, 141, 142 des Handelsgesetzbuchs den Liquidatoren offener Handelsgesellschaften beigelegt sind und deren Abberufung ist in den Fällen des Art. 134 des Handelsgesetzbuchs zu gestatten. Für die ungetheilte Erbschaft wäre im Anschluß an § 2156 des Entwurfs zu bestimmen:

„Das Nachlaßgericht kann auch, falls ein Testamentsvollstrecker nicht vorhanden, auf Antrag eines Erben aus wichtigen Gründen einen Nachlaßverwalter ernennen, der die Nachlaßmasse zu verwalten und so weit in Geld umzusetzen hat, wie zur Berichtigung der Nachlaßschulden und zur Theilung unter die Erben erforderlich ist. Die Veräußerung von Grundstücken darf er nur im Wege öffentlicher Versteigerung vornehmen. — Er kann durch einstimmigen Beschluß aller Miterben und auf Antrag eines Miterben gerichtsseitig aus wichtigen Gründen abberufen werden."

Unter den „wichtigen Gründen" der Ernennung wird namentlich auch der Fall zu rechnen sein, wenn die Theilhaber in einem solchen Hader sind, daß eine ersprießliche gemeinschaftliche Thätigkeit ausgeschlossen erscheint. Vgl. Hahn Commentar zu Art. 133 des Handelsgesetzbuchs.

Die Bedenken der Motive (II. S. 626, V. S. 528) gegen die Einführung des Instituts der Liquidatoren (Nachlaßverwalter) erscheinen nicht begründet. Eine „öffentliche Kundbarkeit" der Personen derselben ist so wenig erforderlich, wie bei der Nachlaßpflegschaft (§ 2059) oder bei der Bestellung eines Generalbevollmächtigten. Ebenso wenig wird die „buchmäßige Klarlegung des Vermögens und der mit dessen Bestandtheilen eintretenden Veränderungen" Schwierigkeiten machen. Konkurriren bei der ungetheilten Erbschaft Inventarerben mit solchen Erben, welche das Inventarrecht verloren haben, so kann auch dies die Thätigkeit des Verwalters nicht behindern, da in jedem Fall die Schulden vorweg aus der Masse zu berichtigen sind. Ist der Nachlaß überschuldet, so wird der Verwalter nach § 205 Konkursordnung den Nachlaßkonkurs herbeiführen. Bei der Gesellschaft ist ein besonderer Konkurs über das Gesellschaftsvermögen nicht zulässig.

Eine Ueberhäufung der Gerichte ist nicht zu befürchten, da die Verwaltung nicht von dem Gericht selbst oder unter Aufsicht desselben zu führen ist, die Thätigkeit des Gerichts sich vielmehr nur auf die Ernennung des Liquidators (Verwalters) beschränkt (vgl. Art. 133 H. G. B.).

Daß das Institut der Liquidatoren für die gewöhnliche Gesellschaft ungeeignet sei, ist — sobald dieselbe als Institut der „gesammten Hand" gestaltet wird — nicht anzunehmen. In dem obigen Vorschlag sind diejenigen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, welche nur für offene Handelsgesellschaften passen (Art. 135, 139, 143), ausgeschieden.

In Betreff der Kosten wird zu bestimmen sein, daß dieselben aus der Masse und

> falls dieselbe nach Berichtigung der Schulden dazu unzureichend sein sollte, von den einzelnen Theilhabern nach Verhältniß ihrer Antheile zu entrichten seien.

Unzulässig würde es sein, die Kosten vorweg aus der Masse, vor Berichtigung der Schulden derselben, zu entnehmen, wenigstens bei der ungetheilten Erbschaft, da auch der Benefizialerbe die Masse den Gläubigern und Vermächtnißnehmern gegenüber durch Berechnung von Verwaltungskosten nicht schmälern darf. Da Niemand verpflichtet ist, das ihm angetragene Amt eines Liquidators (Verwalters) anzunehmen, so kann er vor Uebernahme desselben allenfalls von dem Antragsteller sich eine Sicherheit geben lassen.

Daß die Einsetzung eines gerichtlichen Liquidators (Verwalters) Kosten machen kann, die besser vermieden werden, ist gewiß richtig. Jedoch ist dieser Uebelstand gegenüber den ohne diesen Ausweg bleibenden Uebeln doch nur als geringfügig anzusehen. Die Furcht vor einer Kosten verursachenden Verwaltung wird in heilsamer Weise Streitigkeiten unter den Theilhabern vorbeugen und sie zur Einigung, namentlich zur freiwilligen Bestellung eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten antreiben. Ein Mißbrauch ist kaum zu befürchten, da auch der Antragsteller selbst einen Theil der Kosten einer auf seinen Antrag eingesetzten Verwaltung zu tragen hat.

4. Eine wichtige Frage, die ferner zu beantworten ist, ist die: unter welchen Voraussetzungen Sachen und Forderungen ein Theil des Gesammtvermögens werden?

Bei der ungetheilten Erbschaft beantwortet sich diese Frage von selbst. Die Gemeinschaftlichkeit tritt durch den Erbanfall ein und

dauert fort bis zu der reell unter den Miterben vollzogenen Theilung. Bei der Gesellschaft ist ebenso zweifellos Gesammtgut der gemeinschaftliche **Erwerb** der Gesellschafter, welcher im Namen der Gesellschaft gemacht wird. Macht ein Gesellschafter den Erwerb im eigenen Namen, so ist eine besondere Uebertragung an die Gesellschaft erforderlich (§ 641 Entw.). In Betreff der Beiträge der Gesellschafter, die „dem Rechte nach gemeinschaftlich werden sollen (§ 631 Abs. 2 Entw.)", fordert der Entwurf von seinem individualistischen Standpunkt aus — außer dem Einbringen in die Gesellschaft, (dem objektiven Moment), noch eine besondere Willenserklärung, welche das Miteigenthum an jeden Theilhaber überträgt und die Annahme desselben (vgl. § 631 Abs. 3, § 874 Entw.). Der Entwurf (Motive II. S. 599) lehnt hier das dem Art. 91 H. G. B. zu Grunde liegende Prinzip, daß durch das Einbringen in die Gesellschaft der Rechtsübertragungswille und die Annahme ersetzt werden, ebenso die gemeinrechtliche Vorschrift, daß bei der allgemeinen Vermögensgesellschaft der unmittelbare Vermögensübergang durch den Gesellschaftsvertrag selbst stattfinden solle, ab. Dagegen wird in § 1343 Entwurf bei der ehelichen Gütergemeinschaft die Vereinigung zu einem Gesammtgut kraft des Gesetzes ohne einen Uebertragungsakt — auch bezüglich der Grundstücke — angenommen. Meines Ermessens ist es unbedenklich, das Prinzip des Art. 91 H. G. B. anzunehmen. Die Schwierigkeit liegt nicht in der Bestimmung des subjektiven, sondern eher in der Bestimmung des objektiven Moments, des Akts, durch welchen sich das „Einbringen in die Gesellschaft" vollzieht, wenn — wie bei der gewöhnlichen Gesellschaft regelmäßig — die Gesellschaft eine von den sämmtlichen Gesellschaftern verschiedene Vertretung nicht hat, auch nicht über besondere Räume verfügt. Dennoch ist es nicht erforderlich, in das Gesetz hierüber besondere Bestimmungen aufzunehmen. Nach den §§ 803, 805 Entwurf wird es bei beweglichen Sachen genügen, wenn sie demjenigen Gesellschafter, dem auf Beschluß der sämmtlichen Gesellschafter die Aufbewahrung des Gesellschaftsvermögens anvertraut werden soll, übergeben werden, beziehentlich wenn dieser Gesellschafter in Betreff der von ihm selbst zu leistenden Beiträge die im § 805 Entwurf erforderte Erklärung abgiebt.[20]) Bei Grundstücken wird dagegen eine Auflassung

[20]) Diese Erklärung liegt auch in der Einschreibung in ein von allen Gesellschaftern unterzeichnetes Inventar. Art. 91 Abs. 2 H. G. B.

unerläßlich sein und bei der Eintragung des Eigenthums der Gesellschafter sind als Eigenthümer die einzelnen Gesellschafter mit einem Zusatz einzutragen, welcher erkennen läßt, daß es sich um ein Gesammteigenthum handelt, z. B. „A, B und C als Gesammteigenthümer". In derselben Weise wird das Eigenthum von Miterben an Grundstücken einzutragen sein. Natürlich besteht hier aber schon von dem Erbanfall an, auch vor Eintragung, das Eigenthum der Miterben an Grundstücken als Gesammteigenthum. Eine Verpfändung eines einzelnen Antheils wird dem einzelnen Theilhaber ebensowenig zu gestatten sein, wie eine Veräußerung. Die preußische Praxis, die Eintragung auf den „Antheil" eines Theilhabers (Miterben) zu gestatten, der noch nicht fest steht und möglicherweise sich vollständig verflüchtigt, wenn bei der Auseinandersetzung diesem Theilhaber überhaupt kein Antheil an diesem Grundstück überwiesen wird (vgl. R. G. Entsch. 16 Nr. 58), ist mit der wirklichen Annahme eines Gesammteigenthums unvereinbar.

5. Die Gemeinschaftlichkeit der Forderungen der Theilhaber bedingt allerdings, soweit es sich um die Berechtigung mehrerer Gläubiger, welche demselben Schuldner gegenüber stehen, handelt, die Aufhebung des von dem Entwurf im § 320 aufgestellten Prinzips, wonach solche — wenn Rechtsgeschäft oder Gesetz nicht ein Anderes bestimmen — nur gleichantheilig berechtigt sein sollen. Die Gesellschaft und das Verhältniß der Miterben bieten die weitaus zahlreichsten Fälle von Forderungen mit mehreren Gläubigern. Die Motive haben darin Recht, daß es nicht angeht, über dieses Verhältniß eine gesetzliche Regel zu geben, welche gerade hier eine Ausnahme zulassen soll, daß es namentlich dem Dritten, dem Schuldner, häufig nicht erkennbar sein wird, ob diejenigen mehreren Personen, welche mit ihm kontrahiren, in einem Gesellschafts- oder in einem anderen Verhältniß zu einander stehen. Es würde also die Regel, welche der Entwurf (§ 339) nur für untheilbare Leistungen aufstellt, auf alle Leistungen, welche mehrere Gläubiger aus demselben Schuldverhältniß zu fordern haben, auszudehnen sein. Nur das im § 339 dem einzelnen Gläubiger unter Umständen gewährte Recht, die ganze Leistung zu fordern, würde zu beseitigen sein, da das Recht jedes Gläubigers, die Leistung an Alle zu fordern, ein „Individualrecht" einführen würde, welches nach dem Obigen abzulehnen ist und wenn das Schuldverhältniß derart ist, daß durch die Leistung an einen Gläubiger auch die andern befriedigt werden, z. B. die Herstellung

eines allen Gläubigern gleichmäßig dienenden Werkes betrifft, doch die Verfügung über den Anspruch auf diese Leistung allen gemeinschaftlich bleiben muß. Soweit nicht das unter den mehreren Gläubigern bestehende Rechtsverhältniß eine Rechtsgemeinschaft zur „gesammten Hand" ist, wie bei der Gesellschaft der ungetheilten Erbschaft u. s. w., so wird auf diese Gemeinschaft der Abschnitt „Gemeinschaft" (§§ 762—772 Entw.) anzuwenden sein und namentlich die Verwerthung oder Einziehung der Forderung zum Zweck der Theilung nach Vorschrift des § 769 zu bewirken sein.

6. Zu erörtern bleibt, in welcher Weise die einzelnen Theilhaber aus den Schuldverhältnissen, welche der Gesammtwille geschaffen hat, haften sollen. Auch hier läßt sich nicht eine Regel geben, welche für alle Rechtsgemeinschaften zur „gesammten Hand", einschließlich der gütergemeinschaftlichen Ehe, Geltung beanspruchen können. Mit Recht beschränkt bei der letzteren der Entwurf die Haftung der Ehefrau auf Haftung mit dem Gesammtgut und läßt nur den Ehemann allein in Gemäßheit seiner weit gehenden Vertretungsbefugniß, persönlich haften. Ferner nimmt auch die Frage, in welchem Umfang die Miterben für Nachlaßschulden haften, eine besondere Stellung ein. Diese Schulden bestehen vor dem Eintritt der Rechtsgemeinschaft zur gesammten Hand und werden von dieser lediglich übernommen. Es ist daher die Haftung der Miterben für diese Schulden nach ganz andern Gesichtspunkten zu beurtheilen, als die Haftung für Schulden, welche während des Bestehens der Gemeinschaft von den Miterben im Laufe der gemeinschaftlichen Verwaltung kontrahirt werden. Da das Verhältniß der Miterben hier nur in soweit behandelt wird, als es zur Vergleichung mit der Rechtsgemeinschaft der Gesellschafter und zur Herbeiführung gleichmäßiger Grundsätze für Beide erforderlich ist, so bleibt die Art der persönlichen Haftung der Miterben für Nachlaßschulden hier außer Betracht. In Betreff der Gesellschaft steht endlich nur die Art der Haftpflicht derjenigen Gesellschafter in Frage, die dem Dritten gegenüber selbst oder durch Vertreter handeln, da die nicht handelnden dem Dritten überhaupt nicht haften.

Der Entwurf stellt nun im § 320 auch für Schulden mehrerer Personen, welche einem Gläubiger gegenüber stehen, die Regel der antheiligen Haftung auf und hält diese Regel im § 642 auch für die Gesellschaft fest. Das gemeine Recht geht von derselben Regel aus, nimmt aber bei der Gesellschaft bald solidarische Haftpflicht

(wenn ein Gesellschafter oder ein Dritter für Alle handelt), bald antheilige Haftpflicht (wenn alle Gesellschafter zusammen handeln) an. Der code civil, das österreichische Gesetzbuch und das sächsische Gesetzbuch stimmen sowohl in der Regel wie in Betreff der Gesellschaft mit dem Entwurf überein. Das schweizerische Bundesgesetz hat dagegen zwar als Regel die antheilige Haftung, statuirt aber bei der Gesellschaft solidarische Haftung. Das preußische Allgemeine Landrecht und das deutsche Handelsgesetzbuch dagegen stellen als Regel die solidarische Haftpflicht auf und behalten diese Regel auch bei der Gesellschaft.

Solidarische Haftpflicht hat der Entwurf, abweichend von seiner Regel, angenommen: bei der Untheilbarkeit des Gegenstandes der geschuldeten Leistung, ferner bei der Haftung der Mitvormünder, der Mitbürgen, mehrerer Eigenthümer eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks, der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren einer Körperschaft in bestimmten Fällen (vgl. §§ 47—56 Entw.), bei unerlaubten Handlungen, an denen Mehrere betheiligt sind, endlich bei der Haftung des zur Aufsicht verpflichteten Beamten neben der Haftung des Beamten, welcher unter Aufsicht steht. Die Regel ist also schon stark durchbrochen.

Für das bürgerliche Recht in einem so wichtigen Punkt einen von dem Handelsrecht verschiedenen Grundsatz aufzustellen, ist schon sehr bedenklich, zumal diese Verschiedenheit bisher in Preußen nicht bestanden hat. Wird durch die Einführung der Formfreiheit in das bürgerliche Recht, die für das Gebiet des preußischen Allgemeinen Landrechts bisher bestehende hauptsächlichste Verschiedenheit des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts beseitigt, so wird dies sicher als eine Wohlthat empfunden werden, weil dadurch meistens die häufig so subtilen Untersuchungen, ob ein Handelsgeschäft vorliege oder nicht, hinfällig werden. Dieselbe Wohlthat würde auch den Rechtsgebieten, in denen das preußische Allgemeine Landrecht nicht gilt, zu Theil, wenn man sich entschließen könnte, hier eine für diese Gebiete bestehende wesentliche Verschiedenheit beider Rechte zu beseitigen. Es entspricht einer natürlichen Fortentwicklung, wenn das neue Reichsrecht sich dem bereits bestehenden Reichsrecht anschließt, welches sich seiner Zeit aus dem preußischen Allgemeinen Landrecht entwickelt, also nicht seine Wurzeln in spezifisch handelsrechtlichen Anschauungen hat. Zu diesem äußeren Grund treten aber auch innere. Es handelt sich hier nicht um die Einführung einer absoluten Regel, wie bei der offenen

Handelsgesellschaft, bei welcher die solidarische Haftpflicht der Gesellschafter durch keine vertragsmäßige Abrede ausgeschlossen werden darf (vgl. Art. 112 H. G. B.), sondern um ein Dispositivgesetz, welches in Ermangelung einer entgegenstehenden Abrede eintreten soll. Treten nun mehrere Personen mit einem Dritten in Verbindung, so wird dieser regelmäßig kein Bedenken tragen, sobald er nur den Einen oder den Andern von ihnen als seines Vertrauens würdig und zahlungsfähig kennt. Am wenigsten wird dies der Fall sein, wenn er sieht, daß diese Personen in einem näheren gegenseitigen Verhältniß, z. B. in dem Verhältniß einer Gesellschaft zu einander, stehen. Das Ansehen und das Geld des Einen deckt in seinen Augen den Andern. Es wird daher regelmäßig bei Verträgen seine Absicht sein, sich auf die Geschäfte mit Allen nur mit Rücksicht auf den Kredit einzulassen, dessen er den Einzelnen für werth hält. Dazu kommt, daß seine Mitkontrahenten an den Unterhandlungen bei und vor Abschluß der Rechtsgeschäfte niemals gleichen Antheil nehmen werden. Regelmäßig wird vielmehr ein Einzelner vorwiegend Wortführer oder Vertreter des Andern sein. Der Dritte hat daher nicht Gelegenheit, in gleichem Maße alle seine Mitkontrahenten und deren Gesinnung kennen zu lernen. Würde man ihn nöthigen, erst über Alle Auskunft einzuholen, so würde die größeste Schwerfälligkeit des Verkehrs die Folge sein. Giebt er seinen Mitkontrahenten Geld oder Geldeswerth, so kann er nie ermessen, wie sie das, was er gegeben hat, unter sich vertheilen. Der Fall, daß es Allen gleichmäßig zukommt, wird selten sein. Die Absicht des Dritten, bei Stundung der Gegenleistung oder Rückleistung, kann aber regelmäßig nur die sein, den Kredit dem zu gewähren, welchem seine Leistung und mit dieser das natürlichste Mittel zu seiner Befriedigung zugeflossen ist. Sieht man von den auf Austausch von Leistungen beruhenden Verträgen ab, so beweist obige Uebersicht, daß schon der Entwurf bei den meisten übrigen Geschäften die Solidarität selbst annimmt. Bei seiner Regel der Antheilshaftung bleibt der Entwurf dagegen — abgesehen von der Gesellschaft — bezüglich des Rechtsverhältnisses mehrerer Beauftragten (Bevollmächtigten, Geschäftsführer[21]), Verwalter, vgl. Motive II. S. 536), stehen, obwohl hier selbst das gemeine Recht, das sächsische Gesetzbuch und das schweizer Bundesgesetz Solidarität annehmen. Es bedarf

[21]) Dieselben Grundsätze wendet der Entwurf auf das Verhältniß mehrerer geschäftsführenden Gesellschafter an, § 639 Entw.; er verneint auch hier Solidarität der Haftung.

kaum der Ausführung, wie wenig gerechtfertigt hier gerade das Antheilprinzip ist, da jeder der Beauftragten den ganzen Umfang des aufgetragenen Geschäfts beherrschen und dafür auch die ganze Verantwortung tragen muß. Wird somit als Absicht und Rechtsüberzeugung des Dritten, welcher mit mehreren Personen kontrahirt, regelmäßig die solidarische Haftpflicht der Letzteren ihm gegenüber zu vermuthen sein, so ist es wohl gerechtfertigt, dieselbe Absicht auch bei den Verpflichteten zu vermuthen, so lange sie nicht durch eine ausdrückliche Erklärung ihre Verpflichtung einschränken. Da nach dem Grundsatz des § 337 Entwurfs, welcher durchaus zu billigen ist, die Gesammtschuldner unter sich — soweit nicht aus Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes sich ergiebt — als zu gleichen Antheilen verpflichtet gelten, und dem einzelnen Verpflichteten demgemäß ein Ersatzanspruch an seine Genossen bleibt, wenn er mehr als seinen Antheil gezahlt hat, so handelt es sich überhaupt nur um eine solidarische Haftpflicht, vorbehaltlich des Ersatzanspruchs. Wer sich mit Andern in ein solches Verhältniß einläßt, daß er mit ihnen einem Dritten gegenüber Verpflichtungen übernimmt, der muß sich dessen bewußt sein, daß er die Gefahr der Insolvenz oder des schlechten Willens seiner Genossen trägt, nicht der Dritte.

Sieht man insbesondere auf die Rechtsverhältnisse zur gesammten Hand, so ergiebt sich die Nothwendigkeit einer gesetzlich zu vermuthenden solidarischen Haftpflicht schon deshalb, weil ohne eine solche es mit großen Schwierigkeiten verknüpft ist, die Vollstreckung auch nur in die zum Gesammtgut gehörigen Objekte zu sichern. Formell würde freilich auch bei Annahme einer nur antheiligen persönlichen Haftpflicht der Theilhaber neben dieser die Haftung des Gesammtguts auf Grund eines gegen alle Theilhaber erlangten Vollstreckungstitels (vgl. § 1374 Entw.) bleiben. Aber die dazu gehörigen Gegenstände werden sich, äußerlich nicht von dem Privatvermögen unterscheidbar, bald bei diesem, bald bei jenem Genossen befinden. Namentlich wird dies bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der Fall sein, welche überdies meistens weder Bücher noch Inventarien besitzt, die über den Bestand des Gesellschaftsvermögens Aufschluß geben und häufig besondere Räume für Gesellschaftszwecke entbehrt. Außerdem können Gegenstände, die heute der Gesellschaft gehören, morgen Eigenthum des einen und übermorgen des andern Genossen sein. Also ohne Solidarhaft würde auch die Haftung des

Gesammtguts illusorisch werden. Außerdem entspricht dem Grundgedanken eines Rechtsverhältnisses zur „gesammten Hand" mehr eine solidarische Gesammthaft, wie auch der Entwurf im § 321 Abs. 2 durch die Identifizirung der Bezeichnung „solidarisch" mit „zu ungetheilter Hand" anzuerkennen scheint.

Hiernach würde also auch für die passive Seite die Regel des § 320 Entwurf durch die Regel der Haftung mehrerer Schuldner als Gesammtschuldner wenigstens, soweit das Schuldverhältniß durch Rechtsgeschäfte begründet wird, zu ersetzen und diese Regel auch für die Gesellschaft beizubehalten sein.

Es wird danach:

a) § 320 ganz zu streichen,

b) in § 321 der zweite Absatz so zu fassen sein:

„Wenn ein Schuldverhältniß mehrerer Personen durch dasselbe Rechtsgeschäft begründet wird, so haften dieselben, soweit nicht durch Gesetz oder Abrede ein Anderes bestimmt ist, als Gesammtschuldner."

c) dem entsprechend auch der § 642 Entwurf zu ändern sein.

Ueber die Haftung der Miterben für Nachlaßforderungen würde besondere gesetzliche Bestimmung zu treffen sein. Ihre Haftung aus Rechtsgeschäften, welche sie bei ungetheilter Erbschaft bezüglich derselben eingehen, würde unter die Regel (b) fallen.

7. Aus dem angenommenen Grundsatz ergeben sich als Folgerungen von selbst sowohl für die Gesellschaft wie für die ungetheilte Erbschaft:

a) Unzulässigkeit der Vollstreckung in das Gesammtgut wegen Privatschulden eines Theilhabers,

b) Unzulässigkeit einer Aufrechnung solcher Schulden gegen Forderungen der Gesellschaft beziehungsweise gegen Nachlaßforderungen. Die Vollstreckung wegen Privatschulden wird nur auf Dasjenige zu richten sein, was dem einzelnen Theilhaber bei der Auseinandersetzung zukommt oder (bei der Gesellschaft) an Gewinnantheilen gebührt. Vgl. Art. 119—121 H. G. B.

Es wird also materiell durch die Annahme dieser Regeln ein Absonderungsrecht des Gesammtguts-Gläubigers an dem Gesammtgut auch außerhalb des Konkurses anerkannt. Im Konkurse ist ein solches nach § 44 Reichskonkursordnung bereits reichsgesetzlich geltendes Recht, indem hiernach im Konkurse jedes Theilhabers den übrigen Theilhabern wegen der auf das Gemeinschaftsverhältniß sich gründen-

den Forderungen (worunter auch die Forderungen der Gemeinschaftsgläubiger, nicht blos die persönlichen Forderungen der Theilhaber selbst zu verstehen sind, vgl. Sarwey Kommentar zu § 44 cit.) ein Absonderungsrecht an dem Gesammtgut eingeräumt wird.

In der That ist schon diese reichsgesetzliche Vorschrift mit der rein individualistischen Theorie des Entwurfs kaum vereinbar, wogegen die hier gemachten Vorschläge sich als eine Fortbildung des bestehenden Reichsrechts ergeben. — Ein besonderer Konkurs über das Gesammtgut wie bei dem ungetheilten Nachlaß (§§ 202 ff. Konk. Ordn.) oder der offenen Handelsgesellschaft (Art. 122 H. G. B., §§ 198 ff. Konk. Ordn.) wird dagegen bei der gewöhnlichen Gesellschaft nicht möglich sein, da hier die nothwendigen Voraussetzungen: Registrirung der betheiligten Personen, Bücher und Inventarien zum Nachweis des Gesellschaftsvermögens, fehlen.

8. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über Gesellschaften werden keineswegs nur auf Gesellschaften von Nichtkaufleuten anzuwenden sein. Das Handelsgesetzbuch schließt in Art. 10 die Geltung seiner Vorschriften über Handelsgesellschaften bei Vereinigung von Kaufleuten niedern Grades (Höker, Trödler, Hausirer u. s. w.) aus, ebenso sind diese Vorschriften ausgeschlossen, wenn ein Handelsgewerbe von einem der Gesellschafter auf eigenen Namen, aber auf gemeinsame Rechnung betrieben wird. Auch die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über Vereinigung zu einzelnen Geschäften für gemeinsame Rechnung (Art. 266 ff.) sind nicht erschöpfend.

Soweit also nicht allgemein handelsrechtliche Regeln (z. B. Art. 279 ff. H. G. B.) in Frage kommen, gilt für diese Verhältnisse subsidiär das bürgerliche Recht. Es können daher die Bedürfnisse des Handelsverkehrs nicht ganz unberücksichtigt bleiben. Dazu kommt, daß auch der Verkehr unter Nichtkaufleuten sich immer mehr mobilisirt und immer mehr sich dem Verkehr unter Kaufleuten nähert. Wenn also in den vorstehenden Vorschlägen die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in einer Weise gestaltet wird, welche sich in manchen Punkten der Konstruktion einer offenen Handelsgesellschaft nähert, so ist dies auch aus diesem Grunde innerlich gerechtfertigt. Zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der so gestalteten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bleiben jedoch noch folgende hauptsächlichen Unterschiede bestehen.

a) Die Personifikation des Gesammtwillens in der registrirten Firma mit obligatorischer Führung von Büchern, wodurch die Möglichkeit der vollkommensten Absonderung des Gesell-

schaftsvermögens von dem Privatvermögen der Gesellschafter eines besonderen Gerichtsstandes und besonderer Prozesse für und gegen die Gesellschaft als solche geschaffen wird,

b) Unzulässigkeit des Ausschlusses der Solidarhaft der Gesellschafter (Art. 112 H. G. B.), dagegen Milderung ihrer Haftpflicht durch die Bestimmung einer 5 jährigen Verjährung (Art. 146 ff. H. G. B.).

c) Mithaft eines in eine bestehende Handelsgesellschaft eintretenden Gesellschafters für die vor seinem Eintritt eingegangenen Verpflichtungen der Gesellschaft (Art. 113 H. G. B.).

d) Grundsätzliche Annahme der Befugniß jedes Gesellschafters zur Vertretung der Gesellschaft, die nach außen nicht beschränkt werden darf (Art. 116 H. G. B.).

e) Besonderer Konkurs über das Gesellschaftsvermögen (Art. 122 H. G. B.).

Es ergiebt sich hieraus, daß die offene Handelsgesellschaft von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach unsern Vorschlägen sich dem Wesen nach nicht mehr unterscheidet, vielmehr nur als ein den Bedürfnissen des großen Handelsverkehrs angepaßtes vollkommener ausgebildetes Institut erscheint.

9. Die Konstruktion eines gesetzlichen Erben-Pfandrechts bei der ungetheilten Erbschaft, welche Cosack (vgl. oben) an Stelle der „gesammten Hand" setzen will und in folgerechter Weise auch bei der „Gesellschaft" als ein Pfandrecht der Gesellschafter wegen ihrer aus dem Gesellschaftsverhältniß entspringenden Ansprüche zulassen müßte, ist meiner Ansicht nach verfehlt. Das Absonderungsrecht des § 44 Reichskonkursordnung, an welches er anknüpft, beruht auf dem Gedanken einer Geschlossenheit des betreffenden Gesammtguts, an welchem dem Einzelnen nur sein Antheil deducto aere alieno zustehe, wie die Motive zur Konkursordnung (Seite 1461) ausführen. Das Pfandrecht soll nach Cosack an den Grundstücken nur so lange bestehen, als dieselben noch auf den Namen des Erblassers eingetragen sind, an beweglichen Sachen nur so lange, als dieselben noch im Besitz oder Mitbesitz des Miterben sind, welcher das Pfandrecht beansprucht. Von diesen Beschränkungen weiß die Konkursordnung nichts. Ueberdies wirft dies Pfandrecht, soweit es die Grundstücke betrifft, die gesammte Grundbuchtheorie über den Haufen, da es ohne Eintragung und in unbestimmter Höhe bestehen soll. Auch übersieht Cosack, daß jeder Erbe auf Grund eines

Testaments oder Erbscheins sein Miteigenthum an dem Nachlaßgrundstück eintragen und mit Hypotheken belasten könnte, da er ihn nur in der Befugniß zur Auflassung beschränken will. Sollen auch seine Hypotheken, nur mit Vorbehalt des gesetzlichen Pfandrechts der Miterben gelten, so wird der Glaube des Grundbuchs vernichtet und soll er gezwungen sein, vor einer Belastung das unbestimmte Pfandrecht des Dritten eintragen zu lassen, so wird sein Eigenthum illusorisch und die Hypotheken, die er eintragen läßt, werden genau so werthlos wie die Hypotheken, deren Eintragung die preußische Praxis den Miterben auf ungetheilte Nachlaßgrundstücke gestattet (vgl. oben unter 4). Das Pfandrecht wird endlich in Betreff des Mobiliarnachlasses dem nicht besitzenden Miterben, welchem gerade geholfen werden soll, versagt. Erweist sich somit der Ausweg Cosack's als undurchführbar, so dürften seine Bedenken gegen die „gesammte Hand" durch die Reformvorschläge, welche hier versucht sind, sich größten Theils erledigen.

IV. Sonstiges aus dem Titel „Gesellschaft".

Sieht man von der unter III. entwickelten falschen Richtung der Grundlagen ab, so verdient der Entwurf in seinen einzelnen Bestimmungen in dem Titel „Gesellschaft" durchweg Billigung.

Der Entwurf beurtheilt das Verhältniß der geschäftsführenden Gesellschafter nicht, wie das preußische Allgem. Landrecht (§ 210 I. 17), lediglich nach den Regeln des stets widerrechtlichen Mandats, sieht vielmehr mit dem Handelsgesetzbuch (Art. 101 H. G. B.) ihre Stellung mit Recht als eine in obigem Gesellschaftsverhältniß selbst begründete an, deren sie nicht beliebig enthoben werden können, auf deren Ausübung sie vielmehr ein Recht haben und welche ihnen nur aus wichtigen Gründen durch Mehrheitsbeschluß genommen werden kann.

Auch in den Bestimmungen über Auflösung und Kündigung der Gesellschaft lehnt sich der Entwurf an das Handelsgesetzbuch an und erklärt (§ 657 Entw. Art. 123 Nr. 2 127 H. G. B.) namentlich mit demselben die Vereinbarung für zulässig, daß trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern die Gesellschaft fortbestehen solle. Auch die Bestimmungen über die Abwickelung der Geschäfte und die Auseinandersetzung (§§ 655, 657, 658) sind, soweit dies bei der anderweitigen Grundlage möglich war, den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über offene Handelsgesellschaften nachgebildet.

Der mehrfach erwähnte § 659 läßt es endlich zu, bei Gesell-

schaften zum Zweck der Beitreibung eines Erwerbsgeschäfts die Anwendbarkeit der für die offenen Handelsgesellschaften geltenden Vorschriften zu vereinbaren. Wird auch bei Annahme der hier (unter III.) gemachten Vorschläge von diesem Recht nicht ein so großer Gebrauch gemacht werden, so ist doch nicht zu leugnen, daß die Bestimmung praktisch nützlich werden kann.

Der Entwurf hat dagegen eine besondere Verjährung von Ansprüchen gegen die Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältniß nicht aufgenommen (vgl. § 308 I. 17 A. L. R. Art. 146 ff. H. G. B.). Auch dies ist zu billigen, da bei nicht eingetragenen Gesellschaften ein fester und die Gläubiger bindender Zeitpunkt, von welchem ab die Verjährung eintreten soll, nicht gefunden werden kann.

Zu erinnern findet sich nur noch Folgendes:

1. § 633 Entw. verpflichtet den Gesellschafter nur zur Anwendung derjenigen Sorgfalt, welche er in eigener Angelegenheit anzuwenden pflegt. Nach dem Vorbild des § 212 I. 17 A. L. R. dürfte hiervon dann aber eine Ausnahme zu machen sein, wenn ein Gesellschafter für die Führung von Geschäften der Gesellschaft — außer seinem Gewinnantheil — eine besondere Vergütung erhält. Es wird daher vorgeschlagen, ihn in diesem Fall, wie ein sonstiger Verwalter fremder Angelegenheiten, für jede Fahrlässigkeit (§ 144 Abs. 1 Entw.) haften zu lassen.
2. § 639 Entw. bestimmt, daß auf das Rechtsverhältniß der geschäftsführenden Gesellschafter gewisse Vorschriften, welche für den „Auftrag" (§§ 585 ff.) gelten, anwendbar seien. Dies ist aber nur richtig, soweit aus den vorhergehenden Paragraphen sich nicht etwas Abweichendes ergiebt. § 639 citirt aber von diesen nur den § 633. Dadurch können Mißdeutungen entstehen. Insbesondere ergiebt sich aus § 630 Entw., daß kein geschäftsführender Gesellschafter seine Socien zur Erstattung von Vorschüssen über den Betrag ihrer vertragsmäßigen Einlage heranziehen darf. Es muß daher generell heißen: daß „im Uebrigen" die betreffenden Paragraphen, unter denen § 585 entbehrlich ist, Anwendung finden.

V. Resultat.

Ziehen wir aus den vorstehenden Erörterungen das Resultat, so ergiebt sich außer den oben zu III. besprochenen Aenderungen

der generellen Vorschriften der §§ 320, 339 Entw. und der Streichung des § 773 Entw., welcher die subsidiäre Geltung der Vorschriften über „Gemeinschaft" ausspricht, etwa folgende Fassung des Titels „Gesellschaft":

Dreizehnter Titel.

Gesellschaft.

§ 629 wie im Entwurf.

§ 630 wie im Entwurf, jedoch folgt Absatz 4:

der Anspruch auf Leistung dieser Beiträge und alle sonstigen aus dem Gesellschaftsvertrag gegen die Gesellschafter sich ergebenden Ansprüche gehören zum Gesellschaftsvermögen.

§ 631. Absatz 1 wie im Entwurf.

Absatz 2. Wenn Geld oder andere vertretbare Sachen oder wenn unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen nach einer Schätzung, die nicht blos zum Zweck der Gewinnvertheilung erfolgt, in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Gegenstände Eigenthum der Gesellschaft.

§ 631a. In das Gesellschaftsvermögen fällt auch der Erwerb aus der Führung der Geschäfte der Gesellschaft.

§ 631b. Das Gesellschaftsvermögen gehört den Gesellschaftern gemeinschaftlich. Die darunter fallenden Gegenstände und Sachen stehen ihnen aber nicht nach Bruchtheilen zu. Der einzelne Gesellschafter kann nur über das verfügen, was er nach dem Gesellschaftsvertrag während der Dauer der Gesellschaft zu fordern berechtigt ist (§ 646) und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt.

§ 633 wie im Entwurf als Absatz 1, folgt als Absatz 2:

Bezieht er aber für die Führung von Geschäften der Gesellschaft — außer seinem Gewinnantheil — eine besondere Vergütung, so haftet er für jede Fahrlässigkeit.

§ 634. Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft, welche auch die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens einschließt, steht, falls der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, den Gesellschaftern dergestalt gemeinschaftlich zu, daß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, und sie nur gemeinschaftlich zur Führung von Rechtsstreitig-

keiten bezüglich des Gesellschaftsvermögens berechtigt sind. Jedoch können zum Gesellschaftsvermögen gehörige, gegen einen der Gesellschafter zustehenden Ansprüche für die Gesellschaft von den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich geltend gemacht, nicht aber an Dritte übertragen werden.

Sind einzelne Gesellschafter durch Abwesenheit oder Krankheit zu der Vornahme von Rechtsgeschäften oder Führung von Rechtsstreitigkeiten, welche sich auf das Gesammtvermögen beziehen, außer Stande, so sind die übrigen zur Vornahme solcher Rechtsgeschäfte oder Führung solcher Rechtsstreitigkeiten im Namen der sämmtlichen Gesellschafter berechtigt, sofern Gefahr im Verzuge ist. Sie sind jedoch auch in diesem Fall nicht befugt, Sachen und Gelder für die Gesellschaft in Empfang zu nehmen, sondern nur deren Hinterlegung zu verlangen.

Jeder Gesellschafter ist gegenüber den andern verpflichtet, zu einer Maßregel mitzuwirken, welche behufs ordnungsmäßiger Geschäftsführung nothwendig ist.

§ 635 bis 638 wie im Entwurf.

§ 639. Auf die Rechte und Pflichten der im Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter finden im Uebrigen die Vorschriften der §§ 588 bis 596 entsprechende Anwendung.

§§ 640 und 641 sind zu streichen.

§ 642. Aus den von den geschäftsführenden Gesellschaftern, sei es in Person, sei es durch Vertreter, mit einem Dritten für die Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäften, wird nur diese berechtigt (§ 631 a). Eine Aufrechnung von Gegenforderungen, welche dem Dritten gegen einen Gesellschafter zustehen, findet nicht statt. Die Gesellschafter werden aus diesen Rechtsgeschäften dem Dritten gegenüber als Gesammtschuldner verpflichtet. Auf Grund eines gegen die geschäftsführenden Gesellschafter (§ 634) erlangten Schuldtitels ist wegen dieser Verbindlichkeiten auch die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zulässig. Dagegen ist wegen anderer Schulden der einzelnen Gesellschafter (Privatschulden) die Vollstreckung in dies Vermögen nur insoweit zulässig, als sie darüber zu verfügen berechtigt sind (§ 631 b).

§ 643 wie im Entwurf.

§§ 644 und 645 sind zu streichen.

§§ 646 und 647 wie im Entwurf.

§ 648 wie im Entwurf, jedoch ist nach den Worten „nach dem Gesellschaftsvertrag" einzuschieben „oder gesetzlich" (§§ 634, 638).

§§ 649—654 wie im Entwurf.

§ 655. Bis zur erfolgten Auseinandersetzung bleiben die Gesellschafter auch nach Auflösung der Gesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages insoweit berechtigt und verpflichtet, als es der Zweck der Auseinandersetzung erfordert. Die einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ertheilte Befugniß zur Geschäftsführung erlischt jedoch, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein anderer Wille erhellt, mit dem Zeitpunkt der Auflösung. Von diesem Zeitpunkt an erfolgt die Liquidation und zwar durch die gesetzlich (§ 634) zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter.

Auf Antrag eines Gesellschafters kann jedoch aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Amtsgericht des Orts, von welchem aus die Gesellschaft ihre Geschäfte führt, erfolgen. Führt die Gesellschaft ihre Geschäfte von verschiedenen Orten aus, welche in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, so erfolgt die Bestimmung des zuständigen Amtsgerichts durch das für alle diese Bezirke zuständige höhere Gericht.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen, die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen, soweit dies erforderlich wird, in Geld umzusetzen und die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern zu bewirken. Grundstücke dürfen ohne Zustimmung aller Gesellschafter nur öffentlich versteigert werden.

Einstimmige Anordnungen der Gesellschafter müssen auch die von dem Gericht bestellten Liquidatoren befolgen. Dieselben können auf Beschluß sämmtlicher Gesellschafter und aus wichtigen Gründen auf einseitigen Antrag von dem Gericht (Abs. 2) abberufen werden.

§ 656 Absatz 1 wie im Entwurf, jedoch fallen die Worte „nach Auflösung der Gesellschaft" in Zeile 1 fort.

Absatz 2. Aus dem zur Zeit der Auseinandersetzung vorhandenen Gesellschaftsvermögen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden (Gesellschaftsschulden) und demnächst die Kosten der Liquidation zu berichtigen. Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung derselben nicht hin, so haben alle Gesellschafter u. s. w. wie im Entwurf.

Absatz 3 wie im Entwurf, jedoch ist in Zeile 1 hinzuzufügen „und der Kosten der Liquidation", Zeile 2 und Zeile 9 statt „gemeinschaftlichen Gegenstände" zu setzen: „Gesellschaftsvermögen."

Absatz 4 fällt fort.

Absatz 5 wie im Entwurf, jedoch ist statt „vierten" zu setzen „dritten".

§ 658 wie im Entwurf, jedoch ist im Absatz 4 anstatt „den gemeinschaftlichen Gegenständen" zu setzen „dem Gesellschaftsvermögen".

§ 659 wie im Entwurf.

Buch III Abschnitt 3 und 9 Titel I und II des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Von Rechtsanwalt **C. Davidsohn** in Offenbach a. M.

Meiner Begutachtung der oben bezeichneten Abschnitte des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich einige allgemeine Bemerkungen vorausschickend, muß ich zur Klarstellung meines Standpunktes und meiner Auffassung des vorliegenden Entwurfs im Ganzen vor Allem erklären, daß ich denselben nicht für so mangelhaft ansehen kann, wie er von vielen Seiten (besonders von Theoretikern) hingestellt wird, daß ich denselben vielmehr für eine brauchbare und überaus sorgfältige Bearbeitung der darin aufgenommenen privatrechtlichen Rechtsnormen und somit auch für eine geeignete Grundlage einer reichsgesetzlichen Codificirung des in Deutschland geltenden bürgerlichen Rechts halte, namentlich was die von mir speziell geprüften obigen Abschnitte anbelangt.

Ich unterlasse es, manche Fragen von mehr allgemeiner Natur in den Kreis meiner Betrachtungen zu ziehen, z. B. ob die Wortfassung der einzelnen Gesetzesbestimmungen überall eine zutreffende, klare und verständliche ist (beiläufig bemerkt, habe ich in dieser Beziehung keine erheblichen Mängel gefunden), ob das von der Kommission bei der Aufstellung des Entwurfs, d. h. dem Aufbau der einzelnen Rechtsnormen befolgte System, die technischen Benennungen, Begriffsbestimmungen 2c. nach allen Seiten hin verständlich und zutreffend und besonders auch den Bedürfnissen des rechtsuchenden Publikums angemessen sind, ob, was den letzten Punkt betrifft, der

Entwurf nicht etwa zu sehr einer wünschenswerthen Volksthümlichkeit ermangelt.

Letzteren Vorwurf, der dem Entwurf vielseitig gemacht wird, kann ich indessen von meinem Standpunkte, nämlich dem eines praktischen Juristen aus am wenigsten für gerechtfertigt anerkennen. Die Sprache des Entwurfs ist allgemein verständlich und auch für Laien meist faßlich, soweit dies überhaupt nach deren durch den Stoff begrenzten Begriffsvermögen möglich ist. Dem Erforderniß der Volksthümlichkeit wird übrigens meines Erachtens heutzutage eine zu weit gehende Bedeutung und zu viel Spielraum eingeräumt in dem Sinne, daß alle Wissenschaft nur noch volksthümlich, d. h. in dem allgemeinen Verständniß zugänglicher Weise behandelt werden dürfe, ein Ideal, welches ganz besonders in Ansehung der Rechtswissenschaft schwer zu erreichen sein dürfte.

Ein derartiges Gesetz seiner ganzen Konstruktion und Wortfassung nach auch dem Laienpublikum durchweg klar und verständlich herzustellen, kann somit nicht die Aufgabe des Gesetzgebers sein und wird er daher wohl den Vorwurf, ein nicht ganz volksthümliches Werk geschaffen zu haben, über sich ergehen lassen müssen, da diesem vermeintlichen Mangel nun einmal doch nicht vollständig abzuhelfen ist.

Auch auf die vielfach sehr abfälligen Beurtheilungen des Entwurfs vom theoretischen Standpunkte aus, die vielleicht in manchen Stücken auf ein Uebermaß von deutscher Gründlichkeit oder auch Rechthaberei rc. zurückgeführt werden können, habe ich hier um so weniger Veranlassung Rücksicht zu nehmen, als ich die von mir zu begutachtenden Abschnitte des Entwurfs vornehmlich vom Standpunkte des Praktikers aus betrachten und würdigen werde gemäß der mir für diese Arbeit ertheilten Direktive. Eine besondere Erörterung der verschiedenen theoretischen Streitfragen, die in dem Entwurfe einmal (einerlei ob richtig oder nicht) ihre Lösung gefunden haben, erscheint daher auch nicht geboten und kann auch um deswillen davon Abstand genommen werden, weil es nach dem zutreffenden Urtheil eines hervorragenden Rechtslehrers, der im Uebrigen den Entwurf einer sehr scharfen Kritik unterworfen hat, „Hauptsache ist und bleibt, daß wir zu einem einigen Recht und daß wir rasch dazu gelangen, wenn auch am Entwurf vieles getadelt worden und manches mißrathen sein mag und daß wir trotz aller Meinungsverschiedenheiten wünschen und streben müssen, daß er eingeführt werde, sobald wie möglich und darum auch verändert so wenig wie möglich."

(Vgl. Becker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuch f. d. d. R. Heft 2. pag. 75. ff.)

In Befolgung dieses beherzigenswerthen obersten Grundsatzes für die Beurtheilung des Entwurfs, den Professor Becker aufgestellt hat und der für richtig anerkannt werden muß, werde ich mich bei der nachfolgenden Würdigung der von mir ausgewählten Abschnitte des Entwurfs möglichst beschränken, mich hierbei nur von meinen praktischen Erfahrungen leiten lassen und auch nur nach meiner Auffassung erhebliche und einer Aenderung bedürftige Bestimmungen herausgreifen.

Meine desfallsigen Beanstandungen betreffen theils nur die formelle theils auch die materielle Seite der Sache, vorzugsweise die erstere und habe ich in dieser Beziehung zunächst gegen die, die Einrichtung und Führung des Grundbuchs betreffenden Vorschriften des Entwurfs Bedenken zu äußern. Der Entwurf selbst enthält zwar keine besonderen positiven Bestimmungen hierüber, aber es werden darin bestimmte Einrichtungen als schon vorhanden vorausgesetzt, die erst noch in der Grundbuchordnung getroffen werden sollen und dieser vorbehalten worden sind. Wegen dieses innern und äußern Zusammenhangs und da die bezüglichen materiell rechtlichen Bestimmungen des Entwurfs auch von den formellen Einrichtungen der Grundbuchordnung beeinflußt werden, halte ich es für angezeigt, die Mängel dieser Einrichtungen hier zu besprechen, zumal sie von besonderer praktischer Bedeutung sind.

Obwohl der Entwurf zu einer Grundbuchordnung noch nicht vorliegt, mir wenigstens noch nicht bekannt ist, so ist nach dem Inhalt des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches und der dazugehörigen Motive doch als feststehend zu betrachten, daß die Kommission bei der Annahme des Grundbuchsystems davon ausgegangen ist, daß alle dinglichen Rechte an einem Grundstück sowie alle Rechtsänderungen in Bezug auf dasselbe ohne Ausnahme in das Grundbuch eingetragen werden müssen, daß mit Beseitigung der in vielen Staaten eingeführten Pfand- oder Hypothekenbücher rc. nur ein einziges Grundbuch geführt werden soll, in das die ein bestimmtes Grundstück betreffenden Rechtsverhältnisse sämmtlich eingetragen werden sollen, also nicht blos die ein Grundstück seiner ganzen Substanz nach ergreifenden Eigenthumsrechte sondern auch alle sogenannten begrenzten Rechte an Grundstücken als: Hypotheken, Grundschulden, Grunddienstbarkeiten, Erbbaurechte, Reallasten rc.

Die Durchführung des Grundbuchssystems für alle dinglichen Rechte an Grundstücken unter Zugrundelegung des Publizitäts- und Spezialitäts-Prinzips in dem Entwurf kann nur durchaus gebilligt werden und ist meines Erachtens einer der Hauptvorzüge desselben. Denn es ist hierdurch für die Sicherheit des Immobilienverkehrs und des Realkredits die denkbar beste Grundlage geschaffen.

Sehr fraglich scheint es mir aber bei näherer Betrachtung zu sein, ob die Ausgestaltung dieses sehr zweckentsprechenden und gewiß auch unentbehrlichen Grundbuchsystems und was damit zusammenhängt, im Einzelnen d. h. in Bezug auf die davon betroffenen, verschiedenartigen dinglichen Rechte überall sachgemäß und den Anforderungen der Sicherheit, Billigkeit und Leichtigkeit des Verkehrs genügend ins Werk gesetzt worden ist, so daß sie in den angegebenen Richtungen keinen Anlaß zu Bedenken giebt. Diese Frage kann ich nach meinen Erfahrungen auf dem Gebiete des Grundbuchs- und Hypothekenwesens, wie solches sich in vielen Ländern Deutschlands, insbesondere auch im Großherzogthum Hessen historisch entwickelt hat (in den Motiven finden sich ausführliche Nachweise hierüber), nicht bejahen, bin vielmehr zu der Ueberzeugung gelangt, daß die Art und Weise, wie der Entwurf das Grundbuchwesen geordnet hat, resp. geordnet wissen will, nicht zweckentsprechend ist und in manchen Gebieten z. B im Großherzogthum Hessen und in einigen anderen Ländern mit ähnlichen Einrichtungen nicht wohl oder doch nur mit großen Schwierigkeiten und Kosten ausführbar sein würde. Die zur Zeit in Hessen bestehenden Einrichtungen, die auch auf dem Grundbuchsystem basiren, und die die Errichtung und Fortführung der Grundbücher, die Ingrossation des Grundeigenthums, das Hypothekenwesen, die Führung der Hypothekenbücher zum Gegenstande haben, darf ich wohl (ohne lokalpatriotische Voreingenommenheit) im Wesentlichen als mustergültig und in der Praxis bewährt bezeichnen, abgesehen davon, daß das hierbei einzuhaltende Verfahren sich als etwas zu umständlich und weitläufig erwiesen hat und in dieser Beziehung auch reformbedürftig wäre. Die entsprechenden Einrichtungen im Sinne des Entwurfs weisen wohl in Ansehung des Verfahrens einen wesentlichen Fortschritt auf, indem solches hiernach einfacher und einheitlicher gestaltet und in die Hand einer Behörde (des Grundbuchsamtes) gelegt werden soll; aber diese Vereinfachung und Konzentrirung geht meines Erachtens insofern zu weit, als das Grundbuchamt über alle den Immobilienverkehr betreffenden Geschäfte und Rechtsakte nur ein Buch, das die Be-

zeichnung „Grundbuch" erhält, führen soll, in welches alle die Begründung, Uebertragung oder Belastung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstück bezweckenden Rechtsgeschäfte u. s. w. eingetragen werden müssen, also neben dem Eigenthumswechsel auch alle privatrechtlichen Belastungen jeder Art der in dem Grundbuch verzeichneten selbstständigen Grundstücke und zwar ihrem wesentlichen Inhalte nach. In diesem Punkte unterscheidet sich nun das in Hessen zur Zeit geltende Grundbuchs- und Pfandrecht wesentlich von dem Entwurfe, indem nach jenem nicht alle Immobiliengeschäfte nur in ein Buch eingetragen, sondern hierüber zwei verschiedene Bücher, getrennt von einander, geführt werden, nämlich: das Grundbuch, in dem nur der Besitz- resp. Eigenthumswechsel bezüglich der darin in topographischer Folge verzeichneten Grundstücke gewahrt wird, und das Hypothekenbuch, in das nur alle Pfandrechte an Grundstücken eingeschrieben werden. Das Grundbuch, eine Kopie des Steuerkatasters oder Flurbuchs, enthält ein topographisches Verzeichniß sämmtlicher, in der betreffenden Gemarkung belegenen Grundstücke, mit Beifügung der jeweiligen Eigenthümer und hinreichendem Raume, um bei jeder einzelnen Parzelle spätere Eigenthumsübertragungen ꝛc. noch einschreiben zu können. Das Hypothekenbuch wird dagegen in chronologischer Ordnung für jede einzelne Gemarkung gesondert geführt, es enthält die Einträge aller Hypotheken (der freiwilligen wie der Zwangs-Hypotheken) in der Reihenfolge, wie sie zur Anmeldung kommen, nach ihrem wesentlichen Inhalte mit Angabe des Kapitalbetrages und Zinsfußes, des Rechtsgrundes, Datum der Errichtung, Namen des Gläubigers und Schuldners, spezielle Bezeichnung resp. Beschreibung aller hiernach verpfändeten Grundstücke nach Flur, Nummer und Flächengehalt ꝛc., wie solche im Grundbuche eingezeichnet sind, nebst dem nöthigen freibleibenden Raum für spätere Rechtsänderungen.

Dieses hessische System, einer, wenn man es so ausdrücken darf, doppelten Buchführung, verdient den Vorzug vor dem System der einfachen Buchführung des Entwurfs; denn es ist in der Praxis wenigstens in Ländern, wo, wie z. B. in Hessen, die Bodenzersplitterung und folgeweise die Zahl der einzelnen selbstständigen Grundstücke (Items) in den meisten Gemarkungen einen sehr großen Umfang angenommen hat, allein mit der erforderlichen Leichtigkeit und Sicherheit zu handhaben und ohne Anstände durchführbar, wie sich aus folgenden thatsächlichen Beobachtungen ergeben wird.

Es ist z. B. in Hessen der Fall gar nicht selten, namentlich auf dem Lande, daß ein Kapital bedürftiger Grundbesitzer genöthigt ist, um die erforderliche hypothekarische Sicherheit bieten zu können, bei dem oft geringen Werthe, den der Grund und Boden in manchen Gegenden hat, eine große Zahl von selbstständigen Grundstücken (Items) manchmal bis zu 50 und mehr zu verpfänden. In den meisten ländlichen Gemarkungen bilden sogar die sogenannten Korrealhypotheken die Regel, so zwar, daß durchschnittlich 20—30 einzelne Grundstücke für einen Kapitalposten verpfändet zu sein pflegen, und daß es nur ausnahmsweise vorkommt, daß einzelne Grundstücke oder geschlossene unter einer Nummer im Grundbuch eingetragene Güter verpfändet werden.

Diese thatsächlichen Verhältnisse bringen es mit sich, daß in derselben Weise wie freiwillige auch Zwangshypotheken häufig auf eine größere Zahl von Grundstücken eingetragen werden müssen.

Bei der oben dargestellten Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher in Hessen bietet nun die Eintragung solcher umfänglicher Korrealhypotheken keine besonderen Schwierigkeiten, indem so geartete Hypotheken mit sämmtlichen darin verpfändeten Grundstücken in fortlaufender Reihenfolge auf ein oder mehrere aufeinanderfolgende Blätter des Hypothekenbuchs eingetragen werden, so daß bei diesem Verfahren der wesentliche Inhalt der Hypothek nur einmal einzuschreiben war und insbesondere die darin verpfändeten Grundstücke ohne Rücksicht auf ihre Stelle in dem topographischen Güterverzeichniß nach Flur, Nummer und Flächeninhalt des Grundbuchs in einer Folge beizusetzen waren.

Diese Hypothekenbucheinträge stellen sich zugleich als Abschriften oder Auszüge des wesentlichen Inhalts der betreffenden Hypothekurkunden (Schuld- und Pfandverschreibungen, Obligationen, Hypothekenbriefe) dar und dienen gewissermaßen als Duplikate derselben, so daß beide Urkunden wechselseitig bei einem etwa eintretenden Verluste der einen oder anderen zu deren Erneuerung leicht benutzt werden können.

Daneben werden die Grundbücher über den Eigenthumswechsel geführt und darin zugleich in besonderen Spalten bei jedem einzelnen Grundstück auch auf die Einträge im Hypothekenbuche verwiesen durch Vermerk von Band und Seite des zugehörigen Hypothekenbuchs, wo das betreffende Grundstück als verpfändet erscheint. Es ist einleuchtend, daß bei dieser Einrichtung auch aus dem Grundbuch sofort

leicht ersehen werden kann, ob und inwieweit ein jedes Grundstück mit Hypotheken 2c. belastet ist, und kann somit auch bei diesem System der doppelten Buchführung der Inhalt des Grundbuchs ein vollständiges Bild der rechtlichen Beziehungen eines jeden Grundstücks allen Interessenten darbieten. An Stelle der Verweisungen im Grundbuche würde sich eventuell auch die Führung eines besonderen topographischen Hypothekenregisters empfehlen, das sich auch schon bewährt hat.

Dieses Grundbuch- und Hypothekenbuchsystem hat sich in Hessen während eines Zeitraums von 30 Jahren in genügender Weise erprobt, keinen Anlaß zu erheblichen Bedenken gegeben und trägt dasselbe auch dem Publizitätsprinzip 2c. vollständig Rechnung.

Es ist nun die Frage, wie sich das Grundbuchsystem des Entwurfs mit dem von ihm vorgesehenen Verfahren des Grundbuchamtes zu den erwähnten Korrealhypotheken, d. h. zu Hypotheken, die sich auf eine größere Zahl von Grundstücken erstrecken sollen, verhalten würde? In den unterstellten Fällen müßten dann in dem betreffenden Grundbuch (eventuell den verschiedenen Bänden desselben) bei jedem einzelnen Grundstück, d. h. auf dem betreffenden Folio desselben die einzuschreibende Hypothek nach Maßgabe der bezüglichen Bestimmungen des Entwurfs eingetragen und also dieser Hypothekeintrag 20 bis 30 Mal und möglicherweise noch öfter wörtlich wiederholt werden. Durch solche vielfältigen Wiederholungen ein und desselben Eintrags, zumal wenn sie häufiger vorkommen, würde aber augenscheinlich die den Grundbuchämtern dadurch aufgebürdete Arbeit so umfänglich und zeitraubend werden, daß eine für den Verkehr sehr störende Schwerfälligkeit und Langsamkeit die unausbleibliche Folge sein müßte. Zieht man hierbei auch noch die Beschaffenheit der Grundbücher selbst, wie sie voraussichtlich bei vielen Gemarkungen sich ergeben wird, in Betracht, so treten die angedeuteten formellen Schwierigkeiten und Bedenken noch mehr ins Licht. Die meisten Gemarkungen, sowohl die ländlichen wie die städtischen, wenigstens in Mittel- und Süddeutschland, setzen sich aus einer sehr großen Zahl von selbstständigen Grundstücken verschiedener Art zusammen, die auf legaler Parzellenvermessung basirenden Steuerkataster und Grundbücher enthalten nicht selten bis zu 5000 und sogar bis zu 10 000 einzelne Nummern oder Items, deren jedes ein selbstständiges Grundstück darstellt, und füllen in Folge dessen bei Eintragung von nur fünf Nummern auf einer Seite des Grundbuchs meist schon mehrere Bände. Nach dem von

mir in dieser Beziehung gesammelten statistischen Material aus zwei Normalbezirken im Großherzogthum Hessen enthalten z. B.

a) in einem Bezirke — Gebirgsland mit weniger guter Bodenbeschaffenheit — 10 verschiedene Gemarkungen Grundstücksnummern im Gesammtbetrage von 600 bis 4500 je nach Lage und Größe und im Durchschnitt jede Gemarkung ca. 1500 Nummern, und

b) in einem anderen Bezirk — Flachland mit besserer Bodenbeschaffenheit — ebenfalls 10 verschiedene Gemarkungen von 1100 bis 9500 Grundstücksnummern und im Durchschnitt ca. 5500 Nummern jede Gemarkung.

Die Fälle, wo größere geschlossene Güter nur unter einer Nummer im Grundbuch eingetragen sind oder auch für sich eine selbstständige Gemarkung bilden, sind hier ziemlich selten.

Wird nun in den in Gemäßheit des Entwurfs aufzustellenden neuen Grundbüchern für jedes selbstständige Grundstück ein zweiseitiges Folio vorgesehen, dann würden bei einer Zahl von 5000 Items im Durchschnitt in einer Gemarkung die dazu gehörigen Grundstücke etwa 20 und eventuell noch mehr Bände des betreffenden Grundbuchs füllen, abgesehen von den für Theilungsfälle noch erforderlichen besonderen Supplementbänden. Eine solche Vergrößerung respektive Vermehrung der Bändezahl der Grundbücher muß aber der Natur der Sache nach auch die Geschäftsführung der Grundbuchämter mehr oder weniger beeinflussen, dieselbe namentlich bei Eintragungen von Korrealhypotheken größeren Umfangs noch weiter erheblich erschweren und verlangsamen, falls es bei der vorgesehenen einfachen Buchführung verbleiben sollte. Dies tritt noch mehr hervor, wenn man dabei in's Auge faßt, daß, was häufig der Fall ist, die in einer Hypothek verpfändeten mehreren Grundstücke nicht in einer Flur oder Gewann unter fortlaufenden Kennziffern sondern in verschiedenen Fluren oder Gewannen durch die ganze Gemarkung zerstreut liegen und folgeweise die in derartigen Fällen erforderlichen Einträge in verschiedenen, wenn nicht in allen Bänden des Grundbuchs erfolgen müßten. Selbst bei aller Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt kann aber ein Versehen leichter unterlaufen, wenn dergestalt der Hypothekeintrag so oft auf den verschiedenen Folios jedes einzelnen mitverpfändeten Grundstücks wiederholt werden muß. Der Hypothekenverkehr würde daher bei dieser Einrichtung der einfachen Buchführung auch nicht an Sicherheit gewinnen.

Man bedenke nur, wenn 20 oder 50 oder gar 100 Mal ein und derselbe Eintrag zu machen ist. Vielleicht könnte man in solchen Fällen diesen Mißstand durch einfache Verweisungen auf den betreffenden Eintrag bei dem ersten Grundstück beseitigen und auf diese Weise die mit dessen Wiederholungen verbundene Arbeit in etwas vermindern; allein dies halte ich nach der Absicht des Entwurfs und wegen der strikten Durchführung des Publizitätsprinzips, die sonst nicht möglich wäre, nicht für zulässig, da hiernach das Folio eines jeden Grundstücks ein genaues Bild seiner Rechtsverhältnisse geben soll.

Dieselben Unzuträglichkeiten und Weitläufigkeiten würden sich dann später auch bei jeder, die eingetragene Hypothek oder Grundschuld betreffenden Rechtsänderung in derselben Weise wiederholen und im Verlaufe der Zeit den so geführten Grundbüchern wahrscheinlich die erforderliche Klarheit und Uebersichtlichkeit rauben.

Hierzu tritt noch ein weiterer unzweifelhafter Vorzug, den diese doppelte Buchführung d. h. die Führung eines besonderen Hypothekenbuchs neben dem Grundbuche hat, dessen ich schon oben Erwähnung gethan. Die Einträge in das Hypothekenbuch sind nach hessischem Rechte genaue Auszüge (Abschriften) des wesentlichen Inhaltes der den betreffenden Einträgen zu Grunde liegenden Hypothekurkunden und in Folge dieser Eigenschaft dazu dienlich, in Verlust gerathene Hypothekurkunden auf ihrer Grundlage in ganz zutreffender Weise wieder herzustellen d. h. zu erneuern und ebenso auch umgekehrt. Durch dieses wechselseitige Verhältniß können Verluste von Urkunden der einen oder anderen Art, seien solche zufällig oder absichtlich herbeigeführt worden, auf einfache Weise bis zu einem gewissen Grade für die Betheiligten unschädlich gemacht werden. Ein Bedürfniß hierzu ist schon öfters hervorgetreten und wird auch in Zukunft sich zeitweilig als unabweisbar ergeben. Daher man bei der vorliegenden Frage auch dieses Moment nicht außer Acht lassen darf.

Die erörterten Vorzüge des Systems der doppelten Buchführung sowie die Gefahren, die meines Erachtens mit dem System der einfachen Buchführung des Entwurfs verbunden sind, fallen noch besonders in Ansehung der von dem Entwurf als die normale Form der Hypothekbestellung bezeichnete Buchhypothek, bei welcher kein Hypothekenbrief ertheilt werden darf, ins Gewicht und zeigen sich an dieser von dem Entwurf als die regelmäßige Form der Hypotheken konstruirten sogenannten Buchhypothek die Licht- und Schattenseiten der verschiedenen, bisher besprochenen Buchsysteme am deutlichsten.

Bei dieser Frage treten somit die Mängel, welche dem Institut der Buchhypothek, als solcher anhaften, besonders hervor. Die Vorzüge des von mir empfohlenen Systems der doppelten Buchführung an Stelle des von dem Entwurf in Aussicht genommenen sind, kurz zusammengefaßt, folgende:

1. daß der Eintrag der Hypotheken besonders der Korrealhypotheken sehr viel weniger Arbeit und Zeit erfordert, somit das Verfahren bei den Grundbuchämtern vereinfacht wird,
2. daß das Grundbuch nicht mit zu vielen Einträgen überladen wird und nicht so leicht die erforderliche Klarheit und Uebersichtlichkeit verliert,
3. daß fehlerhafte Einträge bei Hypotheken weniger zu befürchten sind und in Folge dessen der Hypothekenverkehr an Sicherheit gewinnt, und
4. daß eine eventuelle Erneuerung des Grundbuchs oder einer Hypothekurkunde mit weniger Schwierigkeiten bewerkstelligt werden kann.

Die Erwägung dieser unbestreitbaren Vortheile möchten dahin führen, das von dem Entwurf vorgesehene Grundbuchsystem d. h. die formelle Einrichtung desselben sowie das Verfahren der Grundbuchämter hiernach etwa dahin zu modifiziren, daß neben dem Grundbuch als Hauptbuch, in das alle Rechtsverhältnisse der darin enthaltenen Grundstücke, die Hypotheken jedoch nur mittelst zweckentsprechender Verweisungen einzutragen wären, noch ein besonderes Hypothekenbuch als Neben- oder Hülfsbuch geführt würde, das als Bestandtheil des Grundbuchs in gleicher Weise wie dieses öffentlichen Glauben genießen, überhaupt denselben rechtlichen Charakter haben müßte.

Nach den Motiven ist eine eventuelle Abänderung beziehungsweise Modifikation des Grundbuchsystems des Entwurfs für die Grundbuchordnung vorbehalten, bei deren Feststellung sich ergeben werde, ob diese Einrichtung in dem Sinne beibehalten werden kann, daß das Hypothekenbuch als Theil des Grundbuchs fortgeführt wird. (Vergl. Motive Bd. III. pag. 21.) Die Annahme der vorgeschlagenen Aenderungen des Grundbuchsystems, die sich in der Praxis sicherlich wie auch bisher schon bewähren werden, dürfte im Hinblick hierauf umsoweniger einem Bedenken unterliegen.

Bei Besprechung der verschiedenen Systeme, die hinsichtlich der Einrichtung und Führung der Grund- und Hypothekenbücher in den verschiedenen deutschen Staaten befolgt werden, findet sich in den

Motiven des Entwurfs (vgl. Bd. III. S. 19 und 20) in Bezug auf das Grundbuchsystem des Großherzogthums Hessen, wie mir scheint, insofern eine irrthümliche Meinung, als davon gesagt wird: „es sei dort bei dem Uebergang zu diesem Systeme der Schwerpunkt desselben in die Ausmittelung und Beurkundung der Bodenparzellen gelegt worden," indem im Gegensatze hierzu von dem Königreich Sachsen bemerkt wird, „daß es dort gelungen sei, unter zweckmäßiger Verwerthung der Ergebnisse der Landesvermessung die beiden Seiten des Grundbuchsystems auf deren natürliche Zusammengehörigkeit zurückzuführen und so ein einheitliches Grund- und Hypothekenbuch herzustellen, welches die Erkennbarkeit der Rechte auch in Ansehung des Gegenstandes derselben gewährleistet." Dies ist, was das hessische Grundbuchsystem betrifft, nicht ganz zutreffend; denn dieses legt keineswegs den Schwerpunkt blos auf die Ausmittelung und Beurkundung der einzelnen Parzellen (Items) sondern genau ebenso auch auf die Rechte (Eigenthum, Pfandrecht) an den gebuchten Grundstücken, weist somit denselben Vorzug auf wie das sächsische Grundbuchsystem (nämlich Gewährleistung der Rechte auch in Ansehung des Gegenstandes derselben und zwar im vollsten Maße). Der Gegensatz, in den die Motive diese beiden verschiedenen Systeme zu einander bringen, ist in der That nicht vorhanden.

Nach dem hessischen Grundbuchsystem, das ebenfalls auf den Resultaten der Landesvermessung beruht, sind allerdings in erster Linie und vorzugsweise die Eigenthumsverhältnisse berücksichtigt worden, aber in seiner ursprünglichen Gestalt auch die Hypotheken wenn auch nur in summarischer Weise durch Verweisung auf die dazu gehörigen und daneben geführten Hypothekenbücher. Die Annahme dieses Systems der doppelten Buchführung, welches die Rechte an Grundstücken, Eigenthum, Pfandrecht 2c. „auch in Ansehung des Gegenstandes" in zuverlässigster Weise gewährleistet, hatte gute Gründe, die ich oben dargelegt habe, für sich und haben sich in Hessen wenigstens besondere, erkennbare Nachtheile desselben für den Verkehr mit Immobilien nicht ergeben.

Was in den Motiven (S. 20 a. a. O.) von Bedenken gegen dieses System in Betracht der in manchen Gegenden weit vorgeschrittenen Bodenzersplitterung bemerkt wird, kann sich doch nur auf das Grundbuchsystem im allgemeinen, insoweit es die Buchung der einzelnen Parzellen unter Berücksichtigung der Eigenthumsverhältnisse zum Gegenstande hat, beziehen, nicht auch auf das Pfandbuchsystem d. h.

das Grundbuch in Verbindung mit dem Hypothekenbuch; denn, daß die Grundbuchseinrichtung gleichmäßig für geschlossene Güter wie für kleine Grundstücke funktionirt, ist ganz richtig und auch in Hessen der Fall. Aber eine andere Frage ist es, ob die vom Entwurf geplante Grundbuchseinrichtung, bei welcher eine Verbindung des Grundbuchs mit dem Hypothekenbuche ins Auge gefaßt ist, für Gegenden mit weit verbreiteter Bodenzersplitterung ebenfalls gut funktionirt resp. demnächst funktioniren würde, welche meines Erachtens verneint werden muß.

Ich füge noch folgende für diese Frage bedeutsamen Erwägungen bei:

Während bei Errichtung von Hypotheken auf städtischen Grundstücken (Häuser, Fabriken ꝛc.) meist nur ein einziges, selbstständiges Grundstück (Item) oder doch nur ganz wenige belastet zu werden pflegen und daher für solche die Bedenken bezüglich einer gleichmäßigen Funktionirung der Grundbucheinrichtung weniger ins Gewicht fallen, so liegt die Sache auf dem Lande d. h. für bäuerliche, der Landwirthschaft dienende Grundstücke wesentlich anders. Hier steckt im Gegensatz zu städtischen Grundstücken der Hauptwerth in der landwirthschaftlichen Ertragsfähigkeit der Feldgrundstücke und der Miethwerth der dazu gehörigen Gebäulichkeiten tritt mehr in den Hintergrund d. h. ist von untergeordneter Bedeutung. Es ist daher der Werth von Häusern und Hofraithen auf dem Lande und in den Dörfern mit seltenen Ausnahmen überhaupt nur ein sehr problematischer und relativer, so daß Kapitalisten in der Regel nur den nach seiner Ertragsfähigkeit, seiner natürlichen Beschaffenheit und anderen örtlichen Verhältnissen bestimmbaren, positiven Werth des Grund und Bodens zu beleihen pflegen. Diese thatsächlichen Verhältnisse, wie sie erfahrungsmäßig auf dem Lande fast allenthalben liegen, bringen es nun mit sich, daß der geldbedürftige, Kapitalsuchende Landwirth oder Bauer, um seinem Gläubiger die erforderliche hypothekarische Sicherheit durch Verpfändung seines Grundeigenthums bieten zu können, meist genöthigt sein wird, den größten Theil wenn nicht alle in seinem Besitz befindlichen Feldgrundstücke mit der Hypothek belasten zu müssen, und wird, je schlechter die jeweilige Lage und je geringer die Bonität der ihm gehörigen Grundstücke (überhaupt der ganzen Gegend) ist, umso größer die Zahl der verhypothekirten Grundstücke sein, da aus den angegebenen Gründen die Hofraithen hierbei in der Regel keine große Rolle spielen.

Das Kreditbedürfniß ist aber wohl überall das gleiche bei dem großen Gutsbesitzer wie bei dem kleinen Bauer, in guter wie in schlechter Gegend, und gewöhnlich, wie die Erfahrung lehrt, bei den Letzteren noch größer wie bei den Ersteren.

In neuerer Zeit ist bekanntlich ein starker Antrieb innerhalb agrarischer Kreise überhaupt der Landwirthschaft treibenden Bevölkerung bemerkbar, auch dem Kreditbedürfniß dieser und ganz besonders dem des kleinen Bauern und Landwirths nach Möglichkeit entgegenzukommen, dessen Befriedigung, welche nach den bisherigen Einrichtungen des Hypothekenwesens noch mit ziemlich viel Schwierigkeiten verknüpft war, in jeder Weise zu erleichtern, um damit der allgemeinen Nothlage der Landwirthschaft auch von dieser Seite her abzuhelfen und ganz besonders auch, um dem Immobilienwucher, der noch vielfach auf dem Lande sein unsauberes und schädliches Wesen treibt, zu begegnen. Durch diese sehr löblichen Bestrebungen wird aber die Belastung von bäuerlichen Grundstücken mit Hypotheken der Natur der Sache nach eher eine Vermehrung wie eine Verminderung erfahren. Es dürfte daher auf alle Fälle geboten sein, auf diese besonderen Verhältnisse des bäuerlichen Grundbesitzes und dessen relative Belastungsfähigkeit bei dem in Rede stehenden Gesetzgebungswerke die weitgehendste Rücksicht zu nehmen, hierbei allen Interessen des großen wie des kleinen Landwirths Rechnung zu tragen dadurch, daß solche Einrichtungen bezüglich des Hypothekenwesens getroffen werden, welche die Beleihungslust der Kapitalisten auch gegenüber dem kleinen Grundbesitzer vermehren oder doch wenigstens erhalten.

Dies Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn das Grundbuchs- und Hypothekenwesen so geordnet wird, daß der hierfür bestimmte Mechanismus der Bucheinrichtung und Buchführung sich leicht und sicher handhaben läßt, die Gefahr von Störungen oder Irrthümern hierbei auf ein Minimum beschränkt wird.

Auch der große Bauer oder Gutsbesitzer, der in den Fall kommt, auf sein Besitzthum ein größeres Kapital aufnehmen zu müssen, wird zuweilen, wenn er sich nicht im Besitze eines größeren geschlossenen Gutes befindet, genöthigt sein, eine größere Zahl selbstständiger Grundstücke hierfür zu verpfänden.

Dieselben Bedenken, die sich auf die freiwillige Hypothek beziehen, treffen auch mehr oder weniger für die Zwangshypotheken zu, da auch bei solchen die Korrealhypotheken eine Rolle spielen werden.

Hiermit steht sodann noch ein anderes wesentliches Bedenken im

Zusammenhang, das auch in gewisser Beziehung den materiellen Inhalt des Entwurfs berührt, aber doch vorzugsweise eine mehr formelle Bedeutung hat, nämlich für die bisher erörterte Frage, welches Grundbuchsystem das zweckentsprechendste ist. Der Entwurf stellt als die Regel die sogenannte Buchhypothek (d. h. die Hypothek ohne Hypothekenbrief) voran und läßt darauf in zweiter Linie die Briefhypothek folgen und behandelt die Letztere gewissermaßen als die ausnahmsweise, unregelmäßige Form der Hypothek. Es wird die Angemessenheit dieses Verhältnisses in den Motiven (vgl. Band III. pag. 612—619) nachzuweisen versucht.

Nachdem dort zunächst die Berechtigung des Instituts der Briefhypothek sowie ihre Gleichwerthigkeit mit der Buchhypothek und weiter dargelegt worden ist, daß beide Kategorien von Hypotheken, weil in verschiedenen Ländern eingeführt, in dem Gesetzbuche neben einander bestehen bleiben müßten, wird der Standpunkt des Entwurfs, daß darin zunächst die Buchhypothek geordnet und im Anschluß hieran die Briefhypothek durch nähere Bestimmung ihrer Abweichungen von dem Normalfalle der Buchhypothek geregelt werden müsse, folgendermaßen gerechtfertigt:

> „Da in dem Entwurfe die übrigen Rechte an Grundstücken, von der Grundschuld abgesehen, lediglich auf der Voraussetzung eines Grundbuchs geordnet, mit einer außerhalb desselben bestehenden verkehrsfähigen Urkunde aber nicht in Verbindung gebracht sind, so liegt in der Zulassung einer Hypothek, bei welcher gewisse Funktionen des Buchs von dem Hypothekenbrief versehen werden, vom Standpunkte des Gesetzgebers eine Modifikation des normalen Verhältnisses."

Ohne gegen die Logik dieses Satzes an sich etwas erinnern zu wollen, vermag ich ihn doch nicht als einen genügenden Rechtfertigungsgrund für den oben bezeichneten Standpunkt des Entwurfs in Ansehung des Verhältnisses der Buch- zur Briefhypothek zu betrachten. Es scheint mir hierbei die Reinheit der Rechtslogik, die Unfehlbarkeit der Theorie etwas zu sehr bevorzugt worden zu sein auf Kosten der Bedürfnisse der Praxis und der realen Verhältnisse des Lebens; denn ich glaube nicht, daß diese theoretische Eintheilung und Rangordnung der fraglichen beiden Kategorien von Hypotheken einem praktischen Bedürfnisse entspricht. Es ist fraglich, ob diese Unterscheidung und die damit in Verbindung stehenden verschiedenartigen Vorschriften des Entwurfs überhaupt empfehlenswerth sind und ob es nicht viel-

leicht richtiger wäre, nur eine einzige Kategorie von Hypotheken im Allgemeinen aufzustellen und nur die wesentlichen, beiden Kategorien gemeinsamen Merkmale im Gesetz zu formuliren, gleichmäßige, übereinstimmende Vorschriften dafür zu erlassen u. s. w.

Eine solche Behandlung dieses Rechtsstoffes würde wenigstens den unbestreitbaren Vortheil haben, das Gesetz in dieser Materie einfacher, kürzer und übersichtlicher zu gestalten, was nicht zu beklagen wäre. Vergegenwärtigt man sich nämlich die Art und Weise, wie Hypotheken gewöhnlich im Verkehr zur Entstehung kommen, so wird man zugeben müssen, daß die erwähnte Klassifizirung der Hypotheken gewiß am wenigsten einem Bedürfnisse des Realkredits und des Hypothekenverkehrs ihre Einführung verdankt, sondern daß wohl vorzugsweise theoretische Gründe hierzu geführt haben.

Wenn man eine Betrachtung darüber anstellt, wie der Regel nach die Errichtung von Hypotheken vorbereitet und in's Werk gesetzt wird, so wird dies ohne Weiteres klar werden.

Der Kapital bedürftige Grundbesitzer in den Städten wie auf dem Lande wendet sich an die Kreise der Kapitalisten, Geld ausleihenden Privatpersonen, Kreditinstitute und dergleichen, er wird denselben, wenn er seinen Zweck erreichen will, vor allem einen urkundlichen Ausweis über seine reale Kreditfähigkeit vorlegen müssen, der in einem amtlichen Auszuge aus dem Grundbuche über die ihm als Eigenthum darin zugeschriebenen Grundstücke nach deren Lage, Beschaffenheit u. s. w. mit ihren etwaigen Belastungen nebst einer Schätzung des mittleren Werthes, den sie im laufenden Verkehr haben, bestehen wird. Erst nach Prüfung dieser Auszüge ꝛc. wird der betreffende Kapitalist sich darüber schlüssig machen können, ob er dem Kapitalsuchenden das gewünschte Darlehen auf seine in dem Auszug bezeichneten Grundstücke und in welcher Höhe (ob bis zu $^1/_2$ oder $^2/_3$ des Taxwerthes u. s. w.) vorzuschießen geneigt ist, und finden hiernach bei Errichtung der respektiven Verträge (Schuld- und Pfandverschreibungen, Obligationen, Hypothekurkunden) diese Grundbuchauszüge regelmäßig Verwendung, indem sie diesen Urkunden als Anlagen respektive wesentliche Bestandtheile beigefügt werden mit Bezugnahme darauf und der besonderen Vereinbarung, daß die in dieser Anlage beschriebenen Grundstücke für das betreffende Darlehen verpfändet seien. Auf Grund des vor einem Notar oder Gericht errichteten Dokuments sowie der damit verbundenen Eintragsbewilligung erfolgt dann erst der Eintrag der auf solche Weise

bestellten Hypothek in's Grund- oder Hypothekenbuch, durch welchen Akt dann auch die Hypothek mit dinglicher Wirkung gegen Dritte zur Entstehung gelangt. Hieran anschließend, kann noch eine amtliche Bescheinigung der Buchbehörde auf der Hypothekurkunde ertheilt werden, dahin gehend, daß der Eintrag in's Grundbuch erfolgt sei. So war bisher das Verfahren im Großherzogthum Hessen bei der Errichtung von freiwilligen Hypotheken, es wird wohl auch in anderen Ländern in gleicher oder ähnlicher Weise hierbei verfahren worden sein und werden sich auch in Zukunft die Hypothekengeschäfte so in der Regel abwickeln, da eine wesentliche Aenderung in diesem herkömmlichen Geschäftsgange nicht zu erwarten ist. Diesem Geschäftsgebrauche 2c. muß sich aber ein neues Gesetz möglichst anzupassen suchen, dergestalt, daß die Briefhypothek als die normale Kategorie die Regel bildet und die Buchhypothek erst in zweiter Linie behandelt wird oder vielleicht auch in der Weise, daß beide Kategorien zu einer verschmolzen werden.

In den Motiven (Bd. III. S. 616 und 617) wird mit Recht als einer der Hauptvorzüge der Briefhypothek, die leichtere Uebertragbarkeit derselben, also ihre größere Verkehrsfähigkeit hervorgehoben. Wenn dies dort aber als der Hauptzweck des Briefs bezeichnet wird, so kann ich dem nicht beistimmen. Der Hypothekengläubiger wird vielmehr mit der Errichtung und dem Besitze eines Hypothekenbriefs oder einer Schuld- und Pfandverschreibung meist den viel näher liegenden und für ihn noch wichtigeren Zweck verfolgen, ein Dokument nicht nur über seine Forderung sondern auch über die zu seiner Sicherheit bestellte Hypothek zu besitzen, um sowohl einen greifbaren Beleg hierüber zu haben, wie auch um in den Stand gesetzt zu sein, im Falle eines Verlustes des betreffenden Hypothekenbuchs (eines Unterganges oder einer bloßen Beschädigung desselben) die erforderliche Unterlage für eine Erneuerung des bezüglichen Eintrags beibringen zu können. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, scheint mir die Erleichterung der Uebertragbarkeit nicht der hauptsächlichste Zweck der Briefhypothek zu sein.

Die Bemerkung in den Motiven, (S. 618) „es sei nicht unwahrscheinlich, daß auch da, wo jetzt der Hypothekenbrief von Amtswegen ertheilt wird, bei dem Erforderniß einer hierauf gerichteten Erklärung eine solche häufig zum Vortheil der Betheiligten unterbleiben wird," dürfte sich wohl nach meinen obigen Bemerkungen hierüber als eine irrige Unterstellung erweisen; denn der Vortheil des Verzichts auf

Ertheilung eines Hypothekenbriefs würde doch nur für den Schuldner in der Ersparung eines nicht erheblichen Kostenaufwands bestehen. Dieser unbedeutende Vortheil fällt aber offenbar nicht ins Gewicht gegenüber den weit erheblicheren und dauernden Vorzügen, welche der Besitz einer Briefhypothek d. h. eines ordnungsmäßigen Dokuments über die Hypothekbestellung dem Gläubiger bietet und die ich oben bezeichnet habe.

Uebrigens ist die Hypothekurkunde oder Schuld- und Pfandverschreibung im Sinne meiner vorstehenden Erörterungen, wenn schon ich sie auch als „Hypothekenbrief" bezeichnet habe, nicht von derselben Art, wie die Briefhypothek im Sinne des Entwurfs (§ 1106). Ich gehe nämlich dabei nicht davon aus, daß diese Urkunde auch noch nach Eintragung der Hypothek errichtet und daß sie nur von dem Grundbuchamte ertheilt werden könne, sondern ich unterstelle, daß diese Hypothekurkunde immer nur vor der Eintragung errichtet, daß sie nicht nur von dem Grundbuchamte sondern auch von einem Notar oder Gericht errichtet werden kann, daß sie hiernach erst in das betreffende Buch eingetragen und dieser Eintrag von der Buchbehörde darauf bezeugt werden muß. Dieser Modus entspricht am meisten dem Verkehr, ist am gebräuchlichsten und ganz besonders auch bei den oft vorkommenden Korrealhypotheken aus den angeführten Gründen die sogeartete Briefhypothek der reinen Buchhypothek entschieden vorzuziehen. Es gilt dies nicht nur für die eigentliche Darlehnshypothek, die im Verkehr am meisten vorkommt, sondern auch für solche Fälle, wo für eine schon bestehende Forderung nachträglich noch eine Hypothek zur Sicherheit bestellt werden soll.

Das Verfahren bei Begründung von normalen Hypotheken mit Pfandbestellungsurkunden oder Hypothekenbriefen würde sich demgemäß folgendermaßen gestalten resp. abwickeln: Vorlage eines Grundbuchsauszugs mit den dazu gehörigen urkundlichen Nachweisen von Seiten des Kapitalsuchenden, Abschluß des nach erfolgter Einigung über die wesentlichen Bestandtheile des Geschäfts erforderlichen Vertrags über die zu verpfändenden Grundstücke (d. h. die zu bestellende Hypothek) zwischen Gläubiger und Schuldner vor einem Notar, Gericht oder dem Grundbuchsamte, Eintrag dieser Hypothekurkunde ihrem wesentlichen Inhalte nach in Gemäßheit der einschlägigen Vorschriften des Entwurfs in das Grund- resp. Hypothekenbuch und Bestätigung dieser Eintragung auf der Hypothekurkunde.

Auf welche Weise das Institut der Hypothek dem Realkreditbedürfniß gerecht werden soll, wird in den Motiven näher dargelegt (vgl. S. 598—600).

Es dürfte das vorstehend in allgemeinen Umrissen dargestellte Verfahren die richtige Antwort auf diese Frage in sich fassen.

Daß neben der normalen Briefhypothek auch noch die sogenannte Buchhypothek, d. h. eine Hypothek, deren Errichtung bloß in dem Grundbuch beurkundet wird, Raum haben könnte für besondere hierzu geeignete Fälle (z. B. bei manchen Kautions- oder Kredithypotheken) ist auch von diesem Standpunkte aus nicht ausgeschlossen.

Zu wesentlichen Abänderungen der bezüglichen materiellen Bestimmungen des Entwurfs geben meine bisherigen, sich vorzugsweise auf das Verfahren beziehenden, Bemerkungen — abgesehen von dem Verhältniß der Brief- zur Buchhypothek keinen Anlaß und will ich solchen auch nicht das Wort reden, soweit sie nicht durch die vorgeschlagenen Aenderungen im Verfahren sich als unumgänglich nöthig erweisen sollten. Einige Bestimmungen des Entwurfs, die sich speziell auf die Briefhypothek beziehen (z. B. §§ 1106—1108), würden in diesem Falle wohl als entbehrlich in Wegfall kommen, bei anderen die Wortfassung redaktionell entsprechend geändert werden müssen. Eine nähere Formulirung der hiernach gebotenen materiellen oder redaktionellen Aenderungen der einschlägigen Paragraphen des Entwurfs kann ich wohl vorläufig noch unterlassen und wird sich solche eventuell demnächst leicht bewerkstelligen lassen, wenn erst einmal die Vorfrage erledigt ist.

Nur in Ansehung der allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken (Abschnitt 3 von Buch III.) möchte ich noch eine direkt in das materielle Recht einschneidende Aenderung, die von erheblicher prinzipieller Bedeutung ist, in Vorschlag bringen. Dieselbe betrifft die in § 828 Absatz 3 formulirten Vorschriften über die Rechtsverbindlichkeit der Verträge über Grundstücke. In diesem Paragraph wird nämlich bestimmt, daß ein solcher Vertrag für die Vertragschließenden mit dem Zeitpunkte bindend werden soll, „in welchem er entweder

a) vor dem Grundbuchamte geschlossen, oder
b) von den Vertragschließenden dem Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht wird, oder
c) die bewilligte Eintragung auf den Antrag auch nur eines der Vertragschließenden erfolgt."

Diese kasuistischen Bestimmungen in Ansehung des Zeitpunktes, mit welchem ein derartiger Vertrag für die Vertragsschließenden erst rechtsverbindlich werfen soll, so daß bis zum Eintritt dieses Zeit-

punktes ein einseitiger Rücktritt von dem Vertrage gestattet sein muß, halte ich nicht für angemessen und durch irgend ein wirkliches praktisches Bedürfniß gerechtfertigt. Die Kommission versucht diese von der allgemeinen Regel abweichende Bestimmung des Entwurfs in den Motiven (vgl. S. 175 und 176) mit der Erwägung zu rechtfertigen, daß eine sofortige Bindung von Verträgen dieser Art bedenklich wäre, wenn der Vertrag außerhalb des Grundbuchamtes unter den Parteien geschlossen werde, da sie (die sofortige Bindung) die Verfügung über das Eigenthum und andere Rechte an Grundstücken zu sehr erleichtern, ja die Mobilisirung des Grundbesitzes in gewissem Sinne fördern würde, und daß man eine ausreichende Gewähr dafür, daß nicht „übereilt und leichtfertig über die Rechte am Grund und Boden verfügt werde, nur erhalte, wenn eine Gebundenheit der Vertragsschließenden vor der Eintragung erst mit dem Zeitpunkt eintrete, in welchem dieselben ihrerseits Alles gethan haben, was das Gesetz verlangt, um die Rechtsänderung zur Vollendung zu bringen ꝛc."

Ohne auf die etwas eigenthümliche Logik dieses Motivs näher eingehen zu wollen (dasselbe Motiv würde auch in dem Falle passen, wenn in dem Entwurfe bestimmt wäre, daß derartige Verträge mit dem Moment, wo die beiderseitige Willensübereinstimmung über alle Essentialien des Geschäfts erklärt worden sei, bindend sein sollten), kann ich diese Bedenken der Kommission nicht theilen, d. h. ich halte sie nicht für schwerwiegend genug, um die beregte Ausnahmsbestimmung bezüglich des Zeitpunktes, mit dem die Rechtsverbindlichkeit von Immobiliarveräußerungsverträgen erst eintreten soll, damit zu begründen und glaube, daß vielmehr noch weit schwerer wiegende Bedenken der fraglichen Bestimmung entgegenstehen und daß die Bedürfnisse des Verkehrs für deren Beseitigung sprechen. Das Motiv, daß Vorsorge gegen „übereilte und leichtfertige" Dispositionen über Grund und Boden getroffen werden müsse, wurzelt noch in der veralteten, jedenfalls nicht mehr zeitgemäßen Anschauung, daß die Gesetzgebung in manchen wirthschaftlichen Dingen noch eine Art Bevormundung ausüben und von diesem Standpunkte aus gewisse prohibitive Vorschriften erlassen müsse, gewissermaßen als Korrektiv gegen den menschlichen Leichtsinn ꝛc. Ein System, welchem ältere Gesetzgebungswerke mancherlei eigentlich überflüssige und zuweilen sogar vexatorische Vorschriften verdanken, die ihren eigentlichen Zweck in der Regel doch nicht zu erreichen vermochten. Den heutigen

Verkehrs- und Lebensverhältnissen dürfte aber ein solches System nicht mehr angemessen sein. Mit demselben Rechte könnte man auch solche einschränkende Vorschriften in Bezug auf rechtsgeschäftliche Verfügungen über andere werthvolle bewegliche Vermögensgegenstände treffen.

Mancherlei Unzuträglichkeiten würden auch mit der fraglichen Bestimmung des § 828 Absatz 3 in der Praxis verknüpft sein, abgesehen von den meines Erachtens überflüssigen Hemmnissen, die sie dem Verkehr bereitet.

Es verkauft z. B. A. an B. sein Grundstück. Der betreffende Kaufvertrag ist nach längeren Vorverhandlungen endlich zum Abschluß gekommen und die definitive Willenseinigung der Vertragschließenden etwa vor einem Notar erklärt, von diesem auch beurkundet, und dabei zugleich die erforderliche Eintragsbewilligung von dem Veräußerer ertheilt worden. Bevor dieser Kaufvertrag von den Vertragschließenden A. und B. dem Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht worden, welcher Akt sich durch zufällige Umstände verzögern kann, d. h. in der Zwischenzeit zwischen beiden Akten, also ehe der früher mit B. abgeschlossene Vertrag für beide Theile bindend geworden, verkauft A. dasselbe Grundstück an einen andern Kaufliebhaber C., der vorher schon mit B. konkurrirt hatte und nun nachträglich noch einen höheren Preis wie B. zahlen will, und wird dieser neue, den ältern umstoßende Vertrag noch vor diesem beim Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht und damit vor dem älteren bindend. In einem solchen in der Praxis denkbaren Falle würde die in Rede stehende Bestimmung des Entwurfs dazu führen, daß im Immobilienverkehr die Grundsätze von Treu und Glauben ungesühnt verletzt werden könnten; denn ein Anspruch auf Erfüllung des früher vereinbarten aber noch unverbindlichen Kaufvertrags würde in einem solchen Falle dem B. dem A. gegenüber nicht zustehen, ebensowenig ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da ein solcher auf ein unverbindliches Rechtsgeschäft nicht gestützt werden könnte. Aehnliche Komplikationen und Unzuträglichkeiten könnten auch bei Rechtsgeschäften über Hypotheken vorkommen.

Mit Rücksicht auf diese Möglichkeiten scheint es mir daher fraglich zu sein, ob die erwähnte Bestimmung des Entwurfs den legitimen Interessen des Verkehrs auch wirklich dienen, und ob sie denselben nicht weit eher hinderlich sein würde.

Es möchte sich daher eine entsprechende Aenderung der in Ab-

satz 3 des § 828 des Entwurfs formulirten Bestimmung empfehlen, etwa dahin:

> „Der Vertrag wird für die Vertragschließenden mit dem Zeitpunkte bindend, in welchem er vor dem Grundbuchamte oder einem Notar oder einer anderen richterlichen zur Aufnahme (Beurkundung) solcher Verträge berufenen Behörde geschlossen wird."

Ein solchermaßen rechtsgültig abgeschlossener Vertrag müßte aber einen klagbaren Anspruch auf Nachholung des Eintrags in das Grundbuch nöthigenfalls auch der Eintragsbewilligung begründen und auch eventuell der Erwerber, dem in rechtsgültiger Weise die Eintragsbewilligkeit ertheilt ist, einseitig die Eintragung der betreffenden Rechtsänderung erwirken können. Die Bestimmungen über die Zeit des Eintritts der dinglichen Wirkungen derartiger Verträge bleiben hierdurch unberührt.

Meine in Vorstehendem begründeteten Abänderungsvorschläge formulire ich hiernach, wie folgt:

1. Abänderung der in dem Entwurf in Aussicht genommenen Grundbuchseinrichtungen in der Weise, daß neben dem Grundbuche jedenfalls noch ein besonderes Hypothekenbuch als Hilfsbuch geführt wird;
2. Beseitigung des Unterschieds zwischen Buch- und Briefhypothek respektive Regelung der normalen Hypothek auf der Grundlage der Vorschriften über die Briefhypothek.
3. Aenderung der Wortfassung des § 828 Absatz 3 wie oben vorgeschlagen oder Streichung dieses Absatzes.

Nachtrag.

Dieses Gutachten war bereits Mitte März l. J. abgeschlossen, wurde indessen damals noch vorläufig auf Wunsch der Kommission zurückgestellt, weil das baldige Erscheinen des Entwurfs zur Grundbuchordnung 2c. erwartet wurde und man davon ausging, daß sich wohl hieraus noch weiteres Material zur Begutachtung der hier speziell behandelten Abschnitte des Entwurfs ergeben würde und vielleicht manche der von mir erhobenen Bedenken bezüglich des Grundbuchsystems im Allgemeinen näher präzisirt und eventuell berichtigt werden könnten.

Da sich jedoch die Veröffentlichung des bezeichneten Entwurfs wider Erwarten so sehr verzögert hat und die gutachtlichen Arbeiten

aus dem Anwaltstande nun zum Abschluß gebracht werden sollen, so erscheint nun die Drucklegung auch des vorliegenden Gutachtens geboten ungeachtet seiner etwaigen Lücken, die der mangelnden Kenntniß des Inhaltes des Entwurfs zur Grundbuchordnung zuzuschreiben sind.

Wenn es mir somit versagt geblieben ist, trotz dieses unfreiwilligen Aufschubs jetzt noch ein Mal die bessernde Hand an meine vorstehende Arbeit zu legen, so giebt mir das inzwischen erschienene, in den Verhandlungen des XX. deutschen Juristentages (Bd. III der Gutachten für denselben) veröffentlichte Gutachten des Herrn Justizraths M. Levy in Berlin, das dieselbe Materie zum Gegenstand hat, doch Veranlassung zu einigen nachträglichen Bemerkungen im Anschluß an das vorstehende Gutachten.

In allen übrigen Punkten, namentlich was die in dem Entwurfe vorgesehenen Arten des Pfandrechts an Grundstücken &c., deren Verhältniß und Stellung zu einander betrifft, im Wesentlichen mit dem Herrn Verfasser jenes Gutachtens mich in Uebereinstimmung befindend, wie aus dem Inhalte meines nun auch der Oeffentlichkeit übergebenen Gutachtens erhellt, kann ich ihm doch nicht bezüglich eines prinzipiellen Bedenkens, das er in den Vordergrund gestellt hat, das eine große Tragweite besitzt, dem er aber doch eigentlich, wenigstens vorerst keine praktische Folge gegeben wissen will, beipflichten, muß vielmehr meiner gegentheiligen Meinung in dieser Beziehung Ausdruck verleihen und noch mit einigen Worten erläutern beziehungsweise begründen, ohne allerdings tiefer in die hier angeregte prinzipielle Rechtsfrage und was damit zusammenhängt, eindringen zu wollen, da dies hier nicht angezeigt ist und auch der hierzu erforderliche Raum fehlt.

Herr Justizrath Levy redet nämlich in seinem erwähnten Gutachten einer Aufhebung der Verbindung zwischen Personal- und Hypothekenschuld beziehungsweise einer Beseitigung der accessorischen Natur der Hypothek das Wort, „weil diese Verbindung zweier wirthschaftlich verschiedenen Erscheinungen zu einem Rechtsinstitute für den Hypothekschuldner schon zu den unerträglichsten Härten geführt habe."

Eine so tief einschneidende Aenderung des rechtlichen Charakters der Hypothek d. h. die Beseitigung einer Eigenschaft, die zu ihrem Wesen gehört, dürfte schon vom theoretischen, rechtslogischen Standpunkte aus betrachtet, gewichtige Bedenken haben und, wenn eine solche beliebt werden sollte, selbstredend eine gänzliche Umarbeitung des das

Hypothekenrecht betreffenden Abschnittes des Entwurfs bedingen, woran aber unter den obwaltenden Umständen kaum zu denken ist. Aber auch die von Herrn Levy erhobenen praktischen Bedenken gegen das Institut der Hypothek in seiner überlieferten, von dem Entwurf angenommenen Gestalt halte ich nicht für so schwerwiegend d. h. die hervorgehobenen Mängel nicht für so immanent und eingewurzelt, daß sich nicht Mittel und Wege finden ließen, um die von ihm hervorgehobenen Mißstände und Härten zu beseitigen oder doch wesentlich abzuschwächen und namentlich der Gefahr, daß die Personalschuld auch nach Veräußerung des Pfandgrundstückes noch auf dem Hypothekbesteller und seinen Erben in infinitum haften bleiben könne u. s. w. zu begegnen.

Im Großherzogthum Hessen, dessen bisheriges Pfandrechtssystem ich vorzugsweise im Auge habe und das auch den accessorischen Charakter der Hypothek überall festhält, wenigstens sind derartige Uebelstände gar nicht oder doch nur in sehr geringem Maße hervorgetreten. Der Uebergang eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks kann wie der eines jeden anderen hier wie überall der Regel nach (abgesehen von einigen anderen Erwerbsarten) auf drei verschiedene Arten bewirkt werden, nämlich:

1. durch freiwillige Veräußerung,
2. durch Zwangsverkauf,
3. durch Erbschaft.

Bei dem freiwilligen Verkauf respektive Eigenthumsübertragung eines solchen Grundstücks sind nur folgende Fälle denkbar:

a) daß das betreffende Grundstück höher belastet ist wie der Betrag des Kaufpreises, oder
b) daß der Kaufpreis die Summe der darauf ruhenden Hypotheken übersteigt oder erreicht.

Im ersteren Falle, der übrigens nur sehr ausnahmsweise vorkommen dürfte, wird der Käufer des betreffenden Grundstücks vorsichtiger Weise wohl darauf sehen müssen, daß, ehe ihm das Eigenthum daran übertragen wird, der Verkäufer desselben von allen darauf haftenden Hypotheken, insoweit Käufer sie nicht selbst übernimmt, bereinigt, um sich nicht der sehr naheliegenden Gefahr auszusetzen, demnächst als Besitzer von dem Hypothekengläubiger in Anspruch genommen zu werden; ein Kaufliebhaber wird überhaupt ein derartiges Grundstück nur dann erwerben, wenn er sich dessen versichert halten kann, daß es ihm frei von allen Belastungen überliefert werden

kann, und anderenfalls von dem Erwerb eines Objekts von so zweifelhaftem Werthe absehen.

Was den anderen Fall, der nicht zu den Seltenheiten gehört, angeht, so kann dem fraglichen Mißstande auf zweierlei Weise einfach abgeholfen werden, entweder durch Abtragung der auf dem verkauften Grundstück haftenden Hypotheken oder durch Uebernahme derselben von Seiten des Käufers. Auf diese Weise wurde seither in Hessen auf der Grundlage der hier geltenden Gesetze die Ingrossation des Grundeigenthums und das Pfandrecht betreffend verfahren und haben sich hier in den meisten Fällen der Immobilienverkehr und die damit in Verbindung stehenden Hypothekengeschäfte glatt vollzogen, ohne daß besondere Schwierigkeiten und Nachtheile für die Betheiligten sich hierbei ergeben hätten.

Will nämlich in Hessen Jemand sein mit Hypotheken belastetes Grundeigenthum freiwillig veräußern, dann kann er dies nur unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Interessen seines Hypothekengläubigers thun d. h. er muß sich zuvor der Einwilligung desselben dazu, daß die auf dem zu verkaufenden Grundstück haftende Hypothek von dem neuen Erwerber übernommen werden kann (nicht nur als dingliche sondern auch als persönliche Schuld) versichern oder eventuell demselben die Hypothek zur Rückzahlung kündigen. Auch der Käufer eines solchen Grundstücks hat ein wesentliches Interesse daran, daß vor dem rechtsverbindlichen Abschluß des betreffenden Vertrags vor Allem die Hypothekenfrage endgiltig geregelt worden ist, was ja auch durch die Frage, auf welche Weise der bedungene Kaufpreis berichtigt werden soll, bedingt ist.

Bei der Protokollirung von Immobiliar-Veräußerungsverträgen in Hessen wird demgemäß in derartigen Fällen immer in den Verkaufsbedingungen stipulirt, daß die Zahlung des Kaufschillings baar oder durch Abtragung oder Uebernahme der auf dem verkauften Stücke haftenden Hypotheken zu geschehen habe. Willigt der Hypothekargläubiger in die Uebernahme der Hypothek von Seiten des neuen Eigenthümers resp. Besitznachfolgers ein, dann wird durch Errichtung einer besonderen Novationsurkunde dies bestätigt und im Hypothekenbuche durch den entsprechenden Eintrag gewahrt, und auf diese Weise der Hypothekbesteller und bisherige Schuldner auch von seiner persönlichen Verbindlichkeit befreit; verweigert er aber die Einwilligung zur Uebernahme, dann erfolgt die Abtragung der Hypothek, wofür der Erwerber schon in seinem eigenen Interesse Sorge zu tragen hat, indem er entweder den Kaufschilling zur Tilgung der be-

stehenden Hypothek an den betreffenden Gläubiger abführt oder nur nach vorherigem Nachweis der Löschung der Hypothek an den Verkäufer selbst zahlt.

Der Verkäufer ist alsdann durch den Eigenthumsvorbehalt, der bis zur gänzlichen Zahlung des Kaufschillings fortbesteht, in genügender Weise geschützt und einer Gefahr, von dem Hypothekargläubiger aus dem persönlichen Schuldverhältniß in Anspruch genommen zu werden, nicht ausgesetzt.

Der Immobilienverkehr kann sich somit auch nach den in dem Entwurfe enthaltenen einschlägigen Bestimmungen in Zukunft in derselben Weise abwickeln unter genügender Wahrung der wirthschaftlichen Interessen aller dabei betheiligten Personen, und bedarf es hierzu meines Erachtens nicht der Beseitigung des accessorischen Charakters der Hypothek, zumal für besondere Fälle das Institut der Grundschuld gegeben ist.

Der Zwangsverkauf eines Grundstücks muß aber zur nothwendigen Folge haben die Erlöschung sämmtlicher auf dem versteigerten Grundstück haftenden Hypotheken, nicht nur derjenigen, die durch den erzielten Erlös gedeckt werden, sondern auch aller hierbei ausfallenden. Unter Annahme dieses Grundsatzes wird in dem das Zwangsvollstreckungsverfahren in das unbewegliche Vermögen betreffenden Gesetze, dem die näheren Bestimmungen hierüber vorzubehalten sind, dieses Institut so zu gestalten sein, daß dieser Erfolg gesichert erscheint, wobei die divergirenden Interessen aller Betheiligten gleichmäßig zu wahren wären. Namentlich müssen hierin geeignete Vorkehrungen getroffen werden, um es nach Möglichkeit zu verhüten, daß verpfändete Grundstücke, die zur Aufstreckung gebracht werden müssen, nicht zum Nachtheil der betreffenden Schuldner und Pfandbesitzer verschleudert werden. Wenn sich aber die Zwangsversteigerung eines Grundstücks nach dem bezüglich der freiwilligen Veräußerung eines solchen Gesagten der Regel nach nur gegen den ursprünglichen Besteller der Hypothek, gegen den Besitznachfolger aber (abgesehen von der Rechtsnachfolge des Erben) nur auf Grund einer förmlichen Schuldübernahme richten kann, dann involviren die sich bei einer solchen etwa ergebenden Ausfallsforderungen keine Härte für dieselben, da jeder persönliche Schuldner dessen gewärtig sein muß, daß die von ihm geleistete reale Sicherheit von seinem Gläubiger rücksichtslos in Anspruch genommen wird 2c.

Ohne irgend welche Uebelstände wird es freilich, wie bei allen

Maßregeln der Zwangsvollstreckung, auch hierbei wohl nicht abgehen, es gilt aber solche durch geeignete Vorschriften auf ein möglichst geringes Maß einzuschränken und wird alles Uebrige der praktischen Rechtsanwendung zu überlassen sein.

Von diesem Standpunkte aus kann ich auch nicht verstehen, inwiefern die angedeuteten Uebelstände noch durch Vorrechtseinräumung oder Verzicht auf das Pfandrecht von Seiten eines Hypothekargläubigers vermehrt werden könnten, und sind derartige Manipulationen nicht zu befürchten resp. würden sich als zwecklos erweisen, wenn das von mir empfohlene Verfahren im Hypothekenverkehr, das sich in Hessen bewährt hat, zur strikten Durchführung kommt.

Dies noch weiter zu erläutern und überhaupt auf diese Frage näher einzugehen, ist hier nicht am Platze.

Meine Meinung geht, kurz gesagt, dahin, daß ich eine Sonderung und getrennte Behandlung von zwei verschiedenen Gattungen von Hypotheken, nämlich: einer solchen, die lediglich dem Immobiliarkredit dient, und einer anderen, die sozusagen nur Begleiterin des Personalkredits ist, nicht für praktisch durchführbar und nicht für im Interesse des Realkredits geboten erachte. Jeder Realkredit schließt mittelbar auch einen gewissen Personalkredit in sich; denn jeder Gläubiger, der ein Grundstück beleihen will, sieht sich nicht bloß dieses, sondern auch und häufig sogar noch schärfer die Person des Besitzers an, und läßt sich überhaupt bei allen derartigen Geschäften für gewöhnlich die Person nicht ganz von der Sache trennen.

Die Eigenthümerhypothek.

Von Rechtsanwalt **Arnheim** in Königsberg i. P.

Das vom Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs anerkannte und neu geregelte Institut der Eigenthümerhypothek hat einen entschiedenen Gegner in Staub gefunden, der es in seinem Aufsatz im sechsten Hefte dieser Gutachten als einen juristischen Nonsens bezeichnet und durch das System der „freien Stelle" ersetzt wissen will.

Die Gründe, welche Staub gegen die Hypothek des Eigenthümers anführt — Begriffswidrigkeit eines Rechts an eigener Sache unq einer Hypothek ohne Forderung und ohne die Befugniß zur Betreibung der Zwangsvollstreckung — sind seit langer Zeit in vielfachster Art erörtert und auch von den Redaktoren des Entwurfs nicht verkannt worden; die zwingende Rücksicht auf den Realkredit jedoch hat zur Aufrechterhaltung des lebhaft umstrittenen Rechtsinstituts geführt, und es kann sich nur fragen, ob das von Staub vorgeschlagene System geeignet ist, die Eigenthümerhypothek zu ersetzen und die mit derselben verbundenen Schwierigkeiten zu beseitigen. Seiner Ansicht nach kann dies der Gesetzgeber auf einfache Weise herbeiführen, indem er durch positive Vorschrift bestimmt, daß beim Löschen einer Hypothek die nachfolgenden Hypotheken nicht vorrücken (S. 410). Diese Vorschrift, die dem Eigenthümer die Bestellung einer neuen Hypothek an der für ihn frei gewordenen Stelle gestatte, würde mit dem Wesen der Hypothek durchaus harmoniren. Denn wenn der Grundstückseigenthümer sein Grundstück zunächst mit einer Hypothek von 1000 Mark für A. und sodann mit einer solchen von 1000 Mark für B. belaste, so wolle er damit sagen: „Dir A. verpfände ich das Grundstück derart und mit der Maßgabe, daß die bei der Verwerthung zu erzielenden ersten 1000 Mark Dir zufallen sollen; Dir B. verpfände ich das

Grundstück derart oder mit der Maßgabe, daß die bei der Verwerthung zu erzielenden zweiten 1000 Mark Dir zufallen sollen." Trage man Bedenken, der die zweite Hypothek betreffenden Erklärung ohne weiteres diese unwandelbare Bedeutung beizulegen, so könne dies durch die positive Vorschrift, daß die Nachhypotheken nicht vorrücken, geschehen (S. 411).

Allein die Staub'sche Auslegung der Verpfändungserklärung widerspricht dem Wesen des Pfandrechts durchaus. Der Eigenthümer verpfändet das ganze Grundstück jedem Gläubiger und giebt ihm dadurch das Recht, seine Befriedigung aus dem vollen Erlöse des Grundstücks zu suchen. Durch die Eintragung der Hypothek erlangen die Hypothekengläubiger dem Eigenthümer gegenüber völlig gleiche Rechte an seinem Grundstücke. Standen bereits andere Hypotheken eingetragen, so wird doch dem neuen Gläubiger das Grundstück nicht „derart" oder „mit der Maßgabe" verpfändet, daß er von vornherein lediglich auf denjenigen Theil des Erlöses angewiesen sein soll, der sich nach Abzug der vorher eingetragenen Hypotheken, mögen dieselben noch bestehen oder untergegangen sein, ergiebt. Vielmehr wird der nachstehende Gläubiger in der Geltendmachung seines Rechts nur im Verhältniß zum vorstehenden Gläubiger eingeschränkt. Das jüngere Recht vermag sich nur insoweit zu bethätigen, als nicht das Grundstück von dem älteren Rechte ergriffen wird. An sich haben alle Hypothekengläubiger Anrecht auf Befriedigung aus dem ganzen Grundstücke, und nur untereinander beschränken sie sich derart, daß zuerst der ältere Gläubiger und nach ihm der jüngere den Erlös zur Deckung seiner Forderung in Anspruch nehmen darf. Erlischt nun das Recht eines älteren Gläubigers, so hört insoweit die Hemmung auf, welche der Verwirklichung des jüngeren Rechts bisher entgegenstand, das letztere erlangt den Rang, welchen der besser Berechtigte bis dahin geltend machen konnte, es „rückt vor". (Mot. III S. 225, 737.)

Das Vorrücken folgt also in der That „aus dem Begriffe der Hypothek". Der Auslegung oder Vorschrift aber, durch welche Staub dem Hypothekengläubiger einen bestimmten Theil des Erlöses zuweisen will, liegt trotz seiner ausdrücklichen Verwahrung (S. 413 f.) nichts anderes als die Werthsparzellentheorie zu Grunde. Das zeigt sich deutlich bei der Polemik gegen die Verfechter des „nothwendigen Vorrückens", denen er vorwirft, daß sie die äußere Form des Grundbuchs mit dem Wesen

der Sache verwechseln. Schon dieser Vorwurf ist nicht begründet. Der Gedanke des nothwendigen Vorrückens wird nicht durch die äußere Einrichtung des Grundbuchs, sondern durch die Natur des dinglichen Rechts erzeugt, und gewiß hat kein Anhänger der Eigenthümerhypothek dieses Institut, wie Staub meint, deshalb für nothwendig gehalten, weil die zahlenmäßige Gruppirung der dinglichen Rechte im Grundbuche das Aufrücken der nachstehenden Hypothek auf den Platz der vorstehenden mit sich bringe. Verschwindet die Hypothek Nr. 1, so avancirt die Hypothek Nr. 2 zur Nr. 1, nicht weil dies militärisch oder ästhetisch anheimelt oder damit die Symmetrie nicht leide, sondern weil die bisherige Hypothek Nr. 2 in ihrer Ausübung nicht mehr gehemmt ist und jetzt Anspruch auf uneingeschränkte Befriedigung aus dem Erlöse des Grundstücks hat. Staub selbst geht in der Erklärung des Wesens der Nachhypothek fehl, wenn er bei jener Polemik behauptet, daß in der grundbuchmäßigen Gruppirung der Pfandrechte nach Zahl und Platz „nur die verschiedene materielle Kraft der einzelnen Pfandrechte" veranschaulicht werden solle (S. 412). Eine verschiedene materielle Kraft, das heißt eine Verschiedenheit der Befugnisse zur Einwirkung auf das Pfand, ein stärkerer oder schwächerer Inhalt der Pfandrechte ist nicht vorhanden und kann deshalb auch nicht veranschaulicht werden. Alle Pfandrechte haben die gleiche materielle Kraft, jeder Hypothekengläubiger ist ohne Rücksicht auf einen vorstehenden Gläubiger berechtigt, die Verwerthung des Grundstücks zu verlangen. Daß der Vorstehende den Erlös zuerst für seine Forderung in Anspruch nehmen darf, folgt nicht daher, weil seinem Rechte eine größere Kraft innewohnt, sondern weil es früher entstanden ist, spätere Rechte also nur unbeschadet des auf dem Eigenthum bereits lastenden Rechts bestellt werden konnten, mithin auch nur insoweit verwirklicht werden können. (Mot. S. 225.) Analog ist das Verhältniß bei Pfändung und Anschlußpfändung beweglicher Sachen. Die Pfändungspfandrechte schränken sich gegenseitig insofern ein, als das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht dem späteren vorgeht, d. h. aus dem Erlöse zunächst gedeckt werden muß. Wird ein früherer Pfandgläubiger vor der Auktion von dem Eigenthümer befriedigt, so erlischt seine Forderung und damit sein Pfandrecht, die nachstehenden Gläubiger „rücken vor". Von einer Verschiedenheit kann man nur in ökonomischer Beziehung sprechen. B., der 1000 Mark auf ein Grundstück giebt, das bereits mit

1000 Mark für A. beliehen ist, muß in Betracht ziehen, daß der wirthschaftliche Werth seiner Hypothek geringer ist als der der ersten Hypothek des A., weil bei einer Subhastation zuerst der A. aus dem Erlöse gedeckt wird und erst dann er selbst Befriedigung fordern kann. B. wird daher bei Hingabe des Geldes und später überall, wo der Werth seiner Hypothek in Frage kommt, davon ausgehen, daß ihm erst die zweiten 1000 Mark des Erlöses zufallen werden. Aber keineswegs soll und will er auf diesen Theil des Werthes oder Erlöses angewiesen sein und unter allen Umständen, auch wenn das vorstehende Recht fortgeschafft ist, nur diesen Werthstheil für sich in Anspruch nehmen. Ebensowenig ist ihm, falls der nach Deckung der Post des A. verbleibende Rest des Erlöses zu seiner Befriedigung nicht ausreicht, das Recht zur Anfechtung jener Post entzogen, während nach Staub's Theorie dem B. immer nur die an der zweiten Stelle zu erzielenden 1000 Mark zufallen sollen, B. mithin, wenn an dieser Stelle weniger erzielt wird, an der Anfechtbarkeit der vorstehenden Hypothek kein rechtliches Interesse hat und sich mit dem geringeren Rest begnügen müßte. Geht dem B. kein Recht vor oder hat er das vor ihm eingetragene mit Erfolg angefochten, so ist sein Recht nicht mehr eingeschränkt und in diesem Sinne das beste. Ist die Stelle, an welcher A. eingetragen stand, leer, so bedeutet das eben, daß ein besseres Recht als das des B. nicht mehr besteht. Staub aber sagt (S. 412): „Die leere Stelle im Grundbuche bedeutet, daß das Grundstück insoweit nicht belastet ist." Gerade hier zeigt er, daß seine Theorie mit dem Grundsatz der Haftung des ganzen Grundstücks in Widerspruch steht, und daß er nicht über das Grundstück, sondern über einen Theil des Werthes verfügen will. Denn was bedeutet der Satz, das Grundstück sei insoweit nicht belastet, wenn man sich dies in Wirklichkeit vorstellt? Darnach würde ein Grundstück im Werthe von 10 000 Mark, auf welchem für A. 5 000 und dann für B. 5 000 Mark standen, nach Befriedigung des A. durch den Eigenthümer zur ersten Hälfte unbelastet, zur zweiten Hälfte für B. verpfändet sein. Eine solche theilweise Belastung ließe sich nur bei einer realen Theilung des Grundstücks, oder, da das Grundstück doch nicht real getheilt ist, bei einer gedachten Theilung des Werthes vorstellen und wäre mit der Verpfändung des ganzen Grundstücks unvereinbar.

Die Staub'sche Theorie widerspricht also dem Begriff der Hypothek und dem Willen der Kontrahenten des Pfandvertrages. Staub macht allerdings ein Zugeständniß. Er sagt (S. 414 Anm. 4):

„Freilich wird ein Verzicht auf die Wiedereintragung zuzulassen sein, dessen Eintragung das Vorrücken der Nachhypotheken bewirken würde, wenn der Gesetzgeber es so bestimmen will." Der Gesetzgeber würde auch nicht umhin können, einen solchen Verzicht zuzulassen und den Hypothekengläubiger dagegen zu schützen, daß der Eigenthümer vielleicht seinem Versprechen zuwider an einer gelöschten leeren Stelle eine neue Vorhypothek eintragen läßt. Es bestände dann aber der Gegensatz zwischen dem im größten Theile Deutschlands jetzt geltenden Rechte des Vorrückens und dem neuen Rechte der leeren Stelle; das letztere ferner ließe als Ausnahme zu die Eintragung des Verzichts auf die Stelle, so daß Löschungen ohne Verzicht und Löschungen mit Verzicht zu unterscheiden wären. Wie nachtheilig eine solche Verschiedenheit der Rechtsbegriffe auch in formeller Hinsicht wirken müßte, wie leicht Irrthümer des Richters, des Notars und nicht am wenigsten der Parteien selbst in der Behandlung gelöschter Hypotheken vorkommen würden, braucht nicht auseinandergesetzt zu werden. In Betracht kommt auch die angedeutete Möglichkeit einer Hintergehung des Gläubigers dadurch, daß der Eigenthümer an einer gelöschten Stelle vertragswidrig nicht den Verzicht, sondern eine neue Post eintragen ließe. Man wird daher den Erwägungen, welche bei der Reform des Hypothekenrechts in Preußen zur Verwerfung jener Unterscheidung führten, auch jetzt noch zustimmen, daß „durch sie ganz unnöthigerweise das Hypothekenrecht mit einem neuen Begriff, die Geschäftsbehandlung beim Hypothekenbuche mit einer neuen Manipulation belastet wird." (Mot. S. 737.)

Es sollte hier nicht unternommen werden, die Eigenthümerhypothek von Neuem juristisch zu konstruiren oder ihre Anerkennung und Gestaltung im Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs zu rechtfertigen; dargelegt sollte nur werden, daß das von Staub vorgeschlagene System der freien Stelle nicht geeignet ist, die Eigenthümerhypothek zu ersetzen, vor Allem deshalb nicht, weil es nicht nur, wie die letztere innerhalb ihres Gebietes, von einzelnen Grundsätzen des Pfandrechts bewußt abweicht, sondern nur nach Beseitigung eines Grundsatzes des gesammten Pfandrechts überhaupt — Haftung des ganzen Grundstücks — konstruirt und verwirklicht werden kann. Wenn Staub aber im Hinblick auf das allgemeine Landrecht sagt, das Pfandrecht sei ein Recht an eigener Sache, die Eigenthümerhypothek jedoch als ein Recht an der eigenen Sache ein Widerspruch in sich selbst, ein juristischer Nonsens, so sei darauf hingewiesen, daß

nach demselben Landrecht (§ 54. I. 22) eingetragene Grundgerechtigkeiten (die doch auch Rechte an fremder Sache sind) trotz erfolgter Konsolidation wieder in Wirkung treten, wenn die Löschung unterblieben ist und eines der Grundstücke einen andern Eigenthümer erhält, und daß die Eigenthümerhypothek nicht etwa durch die Annahme eines Rechts an eigener Sache hervorgerufen sondern durch die Geltendmachung des Immobiliarkredits erzwungen wurde und, ebenso wie jene erneuerte Grundgerechtigkeit, nur durch die Einrichtung des Grundbuchs möglich werden konnte.

Die gemeinschaftliche Schuld.

Von Rechtsanwalt Dr. C. F. Kratz in Gießen.

I. Einleitung.

§ 1.

Im 5. Titel des 1. Abschnitts des Rechts der Schuldverhältnisse versucht der Entwurf, die Lehre von den „Schuldverhältnissen mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern" in den §§ 320 bis 341 prinzipiell zu regeln, und giebt an anderen Orten gewisse in diese Lehre einschlagende Einzelbestimmungen (§§ 2051, 1994, 2013, 2017, 1843, 1846, 1886, 1344, 1397, 1417, 1769, 47, 673, 714, 1056, 1696, 1743, 731). Im großen Ganzen schließt er sich dem Gemeinen Rechte, hier jedoch mit einer sehr wesentlichen Abänderung, und den modernen Gesetzgebungen und Entwürfen an. Er unterscheidet demgemäß Schuldverhältnisse mit theilbaren, und solche mit untheilbaren Leistungen, läßt die künstliche Erhebung einer theilbaren Leistung zu einer untheilbaren zu, nennt das Schuldverhältniß mit einer solchen ganzen Leistung Gesammtschuldverhältniß, kennt kein weiteres umfangreicheres Gesammtschuldverhältniß, giebt über die aktive und passive Seite seines Gesammtschuldverhältnisses Normen bezüglich dessen Entstehung, Wirkung und Beendigung, überträgt die für das passive Gesammtschuldverhältniß gegebenen Normen auf das passive Schuldverhältniß mit untheilbarer Leistung, während er im aktiven Schuldverhältniß mit untheilbarer Leistung mehr ein gemeinschaftliches Schuldverhältniß erblickt, und verwandelt schließlich das untheilbare Schuldverhältniß beim Ersatz der untheilbaren Leistung durch eine theilbare in ein theilbares Schuldverhältniß.

Die Kritik, welche diese Lehre des Entwurfs bisher erfahren hat, ist nach Umfang und Begründung eine sehr verschiedene. Während Westrum[1]) nur die Unzulässigkeit der Aufrechnung einer dem Schuldner gegen einen Gesammtgläubiger zustehenden Gegenforderung gegenüber den übrigen Gläubigern, und die Unwirksamkeit der Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person eines Gesammtgläubigers gegenüber den übrigen Gesammtgläubigern bestreitet[2]), beanstandet Gebhart[3]) im Wesentlichen vier Bestimmungen des Entwurfs. Zunächst findet er die Berechtigung des Schuldners (§ 323), an einen beliebigen Gesammtgläubiger leisten zu dürfen, auch wenn er bereits von einem derselben gerichtlich verfolgt ist, und die Berechtigung aller Gesammtgläubiger, den Schuldner mit einzelnen Klagen zu überfallen, sehr bedenklich, sodann hält er die selbstverständliche Satzung des § 328, wonach durch Uebertragung der Forderung von Seiten eines Gesammtgläubigers die Rechte der übrigen Gesammtgläubiger nicht berührt würden, für überflüssig, fernerhin erachtet er es für praktischer und folgerichtiger, die objektive Wirkung eines von einem Gesammtgläubiger dem Schuldner oder vom Gläubiger einem Gesammtschuldner bewilligten Erlasses nicht, wie der Entwurf (§ 332) bestimmt, von dem Nachweis abhängig zu machen, daß die Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses gewollt war, sondern im Anschluß an Art. 1285 code civil, der jedoch im Gegensatz zu Art. 1198 nur den Erlaß des Gläubigers an einen Gesammtschuldner im Auge hat, als gewollt anzunehmen, „falls nicht der Gläubiger die Rechte seiner Mitgläubiger oder die Rechte gegen die anderen Mitschuldner sich ausdrücklich vorbehält", und schließlich will er die Bestimmung des § 339, wonach bei untheilbarer Leistung der Schuldner nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich leisten darf und jeder Gläubiger die Leistung an alle zu fordern berechtigt ist, im Anschluß an das französische Recht (Art. 1224) dahin geändert wissen: „Haben bei einem Schuldverhältnisse mehrere Gläubiger eine untheilbare Leistung zu fordern, so darf der Schuldner an jeden Gläubiger leisten; jeder der Gläubiger darf die Leistung begehren."

---

[1]) Gutachten S. 246 ff.

[2]) Westrum weist darauf hin, daß beide Fehler durch die anscheinende Gleichheit der Rechtslage der Gesammtgläubiger und Gesammtschuldner verschuldet seien.

[3]) Gutachten S. 289 ff.

Mit hellem Lichte beleuchtet Gierke[4]) die Grundauffassung des Entwurfs. Nach ihm gehört die ganze Lehre dem romanistischen Gedankenkreise an. Der Entwurf kennt lediglich die beiden individualistischen Prinzipien der antheiligen und der solidarischen Berechtigung oder Verpflichtung, während er das deutschrechtliche Prinzip der gesammten Hand nirgends verwerthet und nur halb wider Willen dem Gedanken der Gläubiger- oder Schuldnergemeinschaft einige Zugeständnisse macht. Gierke nimmt die gemeinschaftliche Geltendmachung der Forderung mehrerer Gläubiger und die Vermuthung eines Gesammtschuldverhältnisses im Falle einer Mehrheit von Schuldnern, wie solches das Preuß. Allg. Landrecht statuirt, in Schutz, und gedenkt des für die heutige Zeit praktischen Werths des älteren Deutschen Rechts, welches namentlich zwei Typen der einfachen Verbindlichkeit zur gesammten Hand ausgebildet habe, indem es die in der Schuldnergemeinschaft versteckten Einzelnen entweder zunächst nur antheilig und erst dahinter in Höhe des Ausfalls auf das Ganze, oder aber vorbehältlich gegenseitiger Ausgleichungsansprüche von vornherein auf das Ganze haften lasse.

L. Seuffert[5]) billigt im Wesentlichen die Grundauffassung und die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs, namentlich die Beseitigung der im römischen Rechte nachweisbaren Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität, die ihm lediglich als das Produkt spezifisch römischer Einrichtungen erscheint. Nur die vom Preußischen Landrecht für den Fall der Verpflichtung mehrerer Personen durch Rechtsgeschäft und vom Handelsgesetzbuch (Art. 280) aufgestellte Vermuthung für solidarische Haftung scheint ihm nicht verwerflich, und möchte er daher die Frage, ob es nicht zweckmäßig wäre, die Annäherung an das Handelsgesetzbuch zu suchen, wiederholter Erwägung empfehlen. Dagegen will er, was bereits Gierke (S. 212) ausgesprochen hat, aus Gründen der Billigkeit dem als Gesammtschuldner für Schadensersatz aus einer widerrechtlichen Handlung Haftenden, selbst wenn derselbe vorsätzlich gehandelt habe, einen Ersatzanspruch gegen die übrigen Ge-

---

[4]) „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht.“ Zuerst in Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft, 1888 und 1889, jetzt als veränderte und vermehrte Ausgabe selbstständig erschienen. Vorwort vom 7. Juli 1889.

[5]) In Becker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Heft 11 S. 50 ff.

sammtschuldner geben, und demgemäß den diesen Anspruch versagenden § 338 gestrichen wissen. Auch einige andere Vorschriften scheinen ihm, weil selbstverständlich als entbehrlich, gestrichen werden zu können. So § 322 Abs. 1, welcher bestimmt, daß die Forderung eines Gesammtgläubigers oder gegen einen Gesammtschuldner bedingt oder befristet sein kann, während die des andern oder gegen den andern unbedingt oder befristet ist. Ferner § 328, der, wie oben erwähnt, auch von Gebhart beanstandet ist. Desgleichen § 329 Abs. 2; denn wenn öffentliche Hinterlegung Erfüllung sei, und wenn eine andere Leistung an Erfüllungsstatt angenommen würde, so brauchten sie nicht neben der Erfüllung genannt zu werden. Weiter auch § 334 Abs. 2; denn nachdem im § 325 bestimmt worden, daß für das Verschulden eines Gesammtschuldners von den übrigen Gesammtschuldnern nicht gehaftet werde, brauche nicht nochmals bestimmt zu werden, daß die durch einen Gesammtschuldner verschuldete völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung für die übrigen Gesammtschuldner als zufällige, das ist unverschuldete Unmöglichkeit wirke. Schließlich der 2. Satz des Abs. 1 des von der gemeinschaftlichen Forderung mehrerer Gläubiger auf eine untheilbare Leistung redenden § 339: „Ist das Schuldverhältniß von der Art, daß durch die Leistung an einen Gläubiger auch die übrigen befriedigt werden, so ist jeder Gläubiger zur Forderung der ganzen Leistung berechtigt," weil eine Leistung an den einzelnen Gläubiger, die eo ipso auch den andern Gläubigern zu Gute komme, als Leistung an alle sich darstelle. Dagegen empfiehlt er die Aufnahme einer Bestimmung dahin: „Nimmt der Gläubiger an Stelle eines Gesammtschuldners einen Dritten als Schuldner an, so werden auch die übrigen Gesammtschuldner frei."

Hölder[6]) hält die Bestimmungen des Entwurfs in dieser praktisch sehr wichtigen Lehre für besonders verbesserungsbedürftig. Er beanstandet zunächst die Behandlung der Solidarforderungen und Solidarschulden in denselben Sätzen, welche äußere Verbindung innerlich verschiedener Rechtsinstitute theils zu unrichtigen, theils zu überflüssigen Folgen führe. Sodann hebt er den inneren Unterschied der Gesammtschuldverhältnisse in der Richtung der Solidar- und Korrealobligationen, oder wie man sie sonst heißen wolle (etwa: vollkommene und unvollkommene Schuldverhältnisse nach Analogie der von der französischen Praxis angenommenen Solidarité parfaite und Solidarité

[6]) Im Archiv für Civilistische Praxis. Bd. 73. S. 392 ff.

imparfaite), hervor, wünscht eine kürzere, zusammenfassendere und elastischere Formulirung der §§ 324—334 (welche theilweise Falsches und theilweise Unnöthiges und Selbstverständliches enthielten), etwa nach der Weise des Art. 166 des Schweizerischen Bundesgesetzes,[7]) und will der unmittelbaren Kraft des Rechtslebens und dem gesunden, wissenschaftlich erleuchteten, praktischen Verstande der Judikatur das Vertrauen schenken, innerhalb des allgemeinen elastischen Rahmens des positiven Gesetzes aus der Natur der Verhältnisse heraus nach der Maxime von § 359 Entw. das jus aequum im Einzelnen selbstständig zu finden und auszubilden.

Ludwig Goldschmidt[8]) ist der Ansicht, daß der Titel über die Gesammtschuldverhältnisse von lehrhaften Folgerungen wimmele. Als solche bezeichnet er die Vorschriften des § 322 Abs. 1 und der §§ 324—332, 334 und 335.

So anerkennenswerth nun auch die kritischen Versuche sind, welche es sich zur Aufgabe gesetzt haben, Einzelbestimmungen des Entwurfs in Bezug auf ihre Richtigkeit, Vollständigkeit oder Entbehrlichkeit zu prüfen, und so nothwendig solche auch sind, so reichen sie doch nicht aus, um ein sicheres Urtheil darüber zu gewinnen, ob der Entwurf durch seine Lehre von den Schuldverhältnissen mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern ein Recht geschaffen hat, welches die beiden Anforderungen an ein gutes Gesetz erfüllt, nämlich daß es den Bedürfnissen des Verkehrslebens und dem Rechtsbewußtsein des Volkes entpricht. Es gibt kaum eine andere Lehre des Privatrechts, welche uns Praktikern, Richtern und Anwälten, jung oder alt, soviel Schwierigkeiten in Bezug auf das Verständniß und die praktische Handhabung macht, wie diese. Ich glaube, nicht zu viel zu sagen, wenn ich behaupte, daß die meisten von uns bis ins hohe Alter hinein mit stiller Resignation vor der Doktrin der Solidar-, Korreal- und untheilbaren Obligation des Römischen Rechts stehen, und sich damit trösten, daß, wenn auch nicht sie, doch wenigstens die Gelehrten des Römischen Rechts genau darüber unter-

---

[7]) Art. 166 lautet: Soweit ein Solidarschuldner durch Zahlung oder Verrechnung den Gläubiger befriedigt hat, werden auch die übrigen befreit. Wird ein Solidarschuldner ohne Befriedigung des Gläubigers befreit, so wirkt die Befreiung zu Gunsten der anderen nur so weit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen.

[8]) Kritische Erörterungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Heft.

richtet sind, daß die Korrealobligation eine einzige Obligation mit einer Mehrheit von subjektiven Beziehungen ist. Und dabei haben wir doch Fälle von Solidar- und Korrealobligationen fast beständig unter den Händen. Wie wenig Vertrauen wir zu unserm Verständniß dieser Lehre haben, zeigt sich insbesondere auch dann, wenn wir schriftliche Verträge abzufassen berufen werden, durch welche der Gläubiger seine Interessen gegenüber mehreren gemeinschaftlichen Schuldnern aufs höchste zulässige Maß sicher gestellt haben will. Die Ausdrücke „solidarisch" oder „korreal" reichen uns schon nicht mehr aus, wir sagen: „die Schuldner machen sich als Gesammtschuldner solidarisch, Einer für den Andern, Alle für Einen, Jeder für das Ganze, mit Verzichtleistung auf die Einrede der Theilung und Vorausklage verbindlich". Glauben wir, damit mehr als Alles gethan zu haben, so erklärt der Gläubiger nach Vorlesen, es wäre ihm doch erwünscht, wenn auch noch die Klausel aufgenommen würde: „Jeder der Schuldner solle überdies als Selbstschuldner auf, und als Selbstzähler für das Ganze haften". Daß in der Doktrin sehr Vieles und viel Wesentliches bestritten ist, ist bekannt. Von hohem legislativen Interesse ist aber der Widerspruch, der bei unsern Gelehrten über die Nothwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Solidar- und Korrealobligation für das heutige Verkehrsleben besteht; denn indem die einen eine solche Unterscheidung nicht anerkennen wollen, finden die andern sie absolut nothwendig. Bei einer solchen, in weiten Kreisen bestehenden Grundverschiedenheit der Ansichten und Unklarheit über das Wesen der Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern dürfte es nothwendig sein, diese Lehre, losgelöst von den Ueberlieferungen der bisherigen Rechte, lediglich auf Grund der Bedürfnisse des heutigen Verkehrslebens und der Rechtsanschauung des deutschen Volks in annähernd vollständiger Weise zu konstruiren. Es kann zwar hierbei Jeder zunächst nur seine eigene Erfahrung in die Wagschale legen, allein wir Alle besitzen doch durch Ueberlieferung einen gemeinschaftlichen Ausgangspunkt in der Kenntniß der wirthschaftlichen Natur der Schuldverhältnisse, bei welchen mehrere Personen als Gläubiger oder Schuldner betheiligt sind. Haben wir diese Natur erkannt, so wird es uns ein Leichtes sein, auch die rechtliche Natur derselben, ihre Voraussetzungen und Wirkungen zu erkennen. Hierbei wird auch das zur Prüfung gelangen, was Gierke an dem Entwurfe so sehr vermißt, das Prinzip der gesammten Hand und die gesetzliche

Regulirung der Organisation eines solchen Gesammtschuldverhältnisses in ihrer Wirkung gegenüber dem Gläubiger und den Genossen selbst. Eine solche Untersuchung wird uns vielleicht auch das Verständniß der Lehre des Römischen Rechts erleichtern und den Beweis liefern, daß die Unterscheidung zwischen Solidarität und Korrealität nicht das Produkt spezifisch römischer Einrichtungen, sondern eine Nothwendigkeit des heutigen Verkehrslebens ist, und daß man mit viel größerem Rechte sagen kann, spezifisch römische Einrichtungen hätten eine vollkommenere Ausbildung der Korrealität verhindert.

Diese nothwendigen Untersuchungen werden nun überhaupt folgende Mehrheits-Schuldverhältnisse zum Gegenstande haben:

1. das theilbare Schuldverhältniß,
2. das untheilbare Schuldverhältniß,
3. das gemeinschaftliche Schuldverhältniß und
4. das Gesammtschuldverhältniß.

In diesem Gutachten werde ich mich im Wesentlichen nur mit dem gemeinschaftlichen Schuldverhältniß und zwar mit dessen passiver Seite, der gemeinschaftlichen Schuld, beschäftigen; sie tritt im praktischen Leben weitaus am häufigsten, jedenfalls häufiger auf, als die gemeinschaftliche Forderung oder gar die Gesammtforderung und die Gesammtschuld, ja, wenn richtig beurtheilt, häufiger als das gemeinschaftlich entstandene theilbare Schuldverhältniß mit blos antheiliger Forderung und antheiliger Schuld. Grund genug für ihre selbstständige wissenschaftliche Darstellung, zumal sie zu ihrem Verständniß einer eingehenden Vergleichung mit den andern Mehrheits-Schuldverhältnissen nicht bedarf.

Was den Plan dieser Untersuchung betrifft, so will ich zunächst eine Kritik des Entwurfs geben, und dann zur Darstellung der rechtlichen Natur der gemeinschaftlichen Schuld übergehen. Diese Darstellung muß vorbereitet werden durch eine Untersuchung der wirthschaftlichen Natur der gemeinschaftlichen Schuld überhaupt und bei den einzelnen Schuldverhältnissen und letztere wieder durch eine Untersuchung der wirthschaftlichen Natur der einzelnen Schuldverhältnisse selbst. Zur Vermeidung störender Wiederholungen werde ich nur die zuerst zu betrachtenden Schuldverhältnisse ausführlicher, die späteren kürzer behandeln. Ueberall an den geeigneten Orten sollen sodann die erforderlichen Vorschläge gemacht werden.

II. Kritik des Entwurfs.

§ 2.

Die äußere Gestalt des Entwurfs ist fast tadellos; die Vertheilung des Stoffes läßt, vom praktischen Standpunkte aus, nichts zu wünschen übrig, die Sprache ist rein, die Satzbildung natürlich, die Darstellung klar und die in andern Titeln so häufig vorkommenden störenden Verweisungen auf entfernt liegende Paragraphen haben hier keinen Platz gefunden. Nur in zwei Punkten wäre meines Erachtens eine Aenderung wünschenswerth. Bereits Gebhart, Hölder und Gierke haben darauf aufmerksam gemacht, daß die fast durchgängige Verbindung der doppelten Seite des Gesammtschuldverhältnisses, der Gesammtforderung und Gesammtschuld in einem Satze (§§ 322, 325, 327, 330—337 Abs. 1, § 341) zu unrichtigen Vorschriften geführt hat. Letzteres ließe sich nun an den betreffenden Stellen durch Trennung leicht ändern, allein ich halte eine solche äußere Verbindung überhaupt nicht für angemessen. Denn wenn das Gesetzbuch, woran doch nicht im Ernste gezweifelt werden kann, auch die Aufgabe hat, dem Lernenden die Kenntniß des Rechts zu erleichtern, so wirkt eine solche Verbindung der Solidarforderungen und Solidarschulden äußerst störend und erschwert zum Mindesten das Verständniß der einen und andern. Man hat daher auch im Gegensatz zu früheren Darstellungen in den Pandektenlehrbüchern die aktive und passive Seite dieses Schuldverhältnisses getrennt erörtert (Dernburg, Pand. § 73). Sehr unzweckmäßig erweist sich aber jene äußere Verbindung in foro. Wenn der Anwalt genöthigt ist, eine die Solidarschuld betreffende Gesetzesstelle vorzulesen und damit beginnen muß (§ 330): „Die dem Schuldner gegen einen Gesammtgläubiger zustehende Gegenforderung kann nicht den übrigen Gesammtgläubigern — — aufgerechnet werden", so bringt er einen der vorliegenden Sache ganz fremden Gegenstand in die Verhandlung, der Richter muß sich sofort in die Theorie der Gesammtforderung versetzen und spaltet seine Aufmerksamkeit, beides ganz unnöthiger Weise, und der Anwalt muß, um die Aufmerksamkeit auf die gesetzliche Bestimmung über die Solidarschuld als den ausschließlichen Gegenstand des richterlichen Urtheils zu lenken, diese Bestimmung mindestens in umschreibender Weise rekapituliren. Dies ist mißständig. Dem gegenüber kommt der Werth der Kürze des Gesetzestextes gar nicht in Betracht, und zwar um so weniger, als der Inhalt einer Reihe jener Paragraphen,

bei welchen die Klausel: „der und der Umstand wirkt oder wirkt nicht für oder gegen die übrigen Gesammtgläubiger oder Gesammtschuldner" — stereotyp wiederkehrt, in einen kurzen Satz konzentrirt werden kann, wie ich im § 14 nachweisen werde. Damit erledigt sich auch der zweite Punkt meiner Beanstandung der äußeren Darstellung dieser Lehre im Entwurf. Dagegen halte ich sämmtliche von Gebhart, Seuffert und Goldschmidt bezüglich der Entbehrlichkeit mancher Paragraphen erhobenen Beanstandungen, mit Ausnahme einer einzigen, nicht für richtig. Die Aufnahme des § 328, dessen Inhalt sich freilich für den mit dem Wesen der Gesammtforderung des Entwurfs aufs Genaueste vertrauten Juristen als selbstverständlich ergiebt, und dessen Entbehrlichkeit unter dieser Voraussetzung von den Motiven (S. 161) auch zugegeben wird, ist aber gerade deshalb nöthig, weil der Entwurf von der Aufstellung eines die Bestimmungen über das Gesammtschuldverhältniß beherrschenden Prinzips absehen zu müssen geglaubt hat. Wie nothwendig dieser § 328 zur Kennzeichnung des Wesens der Gesammtforderung des Entwurfs ist, geht unzweifelhaft daraus hervor, daß er der eigentlichen Korrealität der Gesammtforderung nicht entspricht. — Auch die Beanstandung des § 322 Abs. 1 erweist sich als grundlos. Gerade wegen des Mangels eines ausgesprochenen Prinzips ist eine angemessene Häufung von Merkmalen der Selbstständigkeit der einzelnen Berechtigungen und Verpflichtungen durchaus nothwendig, und ist es daher keineswegs überflüssig, wenn der Entwurf die Zulässigkeit einer bedingten oder befristeten Einzelberechtigung oder -Verpflichtung neben der unbeschränkten andern besonders betont. Mit demselben, ja mit noch größerem Rechte könnte und müßte Seuffert auch den zweiten Absatz dieses Paragraphen als selbstverständlich und darum entbehrlich beanstanden, wenn derselbe sagt, daß die Berechtigung des einen Gesammtgläubigers und die Verpflichtung des einen Gesammtschuldners dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß die Berechtigung der übrigen Gesammtgläubiger oder die Verpflichtung der übrigen Gesammtschuldner nicht zur Entstehung gelangt sei. — Entbehrlich erscheint ihm auch Abs. 2 des § 329. Dies ist jedoch nicht richtig. Die öffentliche Hinterlegung, selbst die definitive (§ 274) ist nicht Erfüllung, sondern wirkt nur wie Erfüllung. Die Erfüllung im gesetzlichen Sinne, — und eine solche hat der Abs. 1 des § 329 im Auge — ist die Befriedigung des Gläubigers durch Bewirkung der dem Schuldner obliegenden Leistung, also nicht Befriedi-

gung überhaupt und auch nicht die bloße Leistung. Durch die bloße Hinterlegung wird der Gläubiger keineswegs befriedigt, sie ist gleichsam nur der vollendete Versuch der Erfüllung; „durch die Hinterlegung wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit in gleicher Art befreit, wie durch die Leistung an den Gläubiger" (§ 272, letzter Absatz). Die ausdrückliche Gleichstellung der Hinterlegung mit der Erfüllung im § 329 Abs. 2 ist daher keineswegs entbehrlich. Dasselbe ist der Fall mit der ausdrücklichen Gleichstellung der Leistung an Erfüllungsstatt. Diese ist zwar Befriedigung des Gläubigers, aber nicht Befriedigung durch die geschuldete Leistung. Bezüglich der Leistung an Erfüllungsstatt werde ich unten (§ 13) eine hier einschlagende Bemerkung machen. Für die Unentbehrlichkeit der Beibehaltung jenes 2. Absatzes gerade vom Standpunkt des Entwurfs aus, den ja Seuffert in dieser Beziehung theilt, spricht aber auch noch der weitere Umstand, daß der Entwurf das juristische Wesen des Gesammtschuldverhältnisses in der Berechtigung mehrerer Gläubiger und in der Verpflichtung mehrerer Schuldner zur ganzen Leistung, mit nur einmaliger Leistung erblickt, also streng genommen nur eine Handlung des Schuldners im Auge hat, während doch auch die Befriedigung des Gläubigers durch Erfüllung und Leistung an Erfüllungsstatt als Erlöschungsgrund des Gesammtschuldverhältnisses zum Ausdruck gelangen mußte. Ueberdies ist aber eine solche, erst mit allerlei Abstraktionen zu gewinnende Selbstverständlichkeit für die Mehrheit der Juristen nichts sehr Selbstverständliches und ihre Formulirung im Gesetze daher eine sehr willkommene Beigabe, welche das Verständniß des Wesens eines Rechtsinstituts sehr fördert.[*]) —

Dagegen wird man mit Seuffert die Streichung des § 334 Abs. 2 befürworten müssen, zwar nicht deshalb, weil, wie Seuffert und die Motive annehmen, die desfallsige Bestimmung selbstverständlich ist und aus § 325 folgt, sondern deshalb, weil sie irrig ist oder doch mindestens sehr leicht in falscher Weise ausgelegt werden kann. Wenn in § 325 gesagt ist, daß für das Verschulden eines Gesammtschuldners die übrigen Gesammtschuldner nicht hafteten, so ist mit dieser negativen Bestimmung genug, und namentlich auch Das gesagt, daß für den

*) Würde der beanstandete Zusatz ins Gesetz nicht aufgenommen, so würden wir demnächst sicherlich sehen, daß die Kommentare durch Abstraktionen und Vergleichungen, nur in viel weitläufigerer Weise, dem Bedürfniß der Gleichstellung der Hinterlegung und Leistung an Erfüllungsstatt mit der Erfüllung gerecht zu werden versuchten.

durch völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung erwachsenen Schaden die andern nicht schuldvollen Gesammtschuldner nicht aufzukommen haben. Aber diesem Gedanken einen positiven Ausdruck zu geben: „Die durch einen Gesammtschuldner verschuldete völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung wirkt für die übrigen Gesammtschuldner als zufällige Unmöglichkeit," dafür liegt nicht nur kein Grund vor, sondern das ist auch geradezu gefährlich. Man nehme nur den Fall, einer der mehreren Depositare habe die hinterlegte Sache absichtlich zerstört, während sein Mitverwahrer der Zerstörung ruhig zugesehen habe, obwohl dieser durch Dazwischentreten die Rettung der Sache habe ermöglichen können. Man wird nicht fehl gehen, wenn man beide Depositare für den Untergang der Sache verantwortlich macht, allein es ist doch nicht zu leugnen, daß der eigentliche Urheber der Zerstörung der positiv Handelnde, und durch dessen Schuld die Restitution der Sache unmöglich geworden ist, während der Andere, wenn er nicht im Einverständniß mit Jenem gehandelt hat, nur einer fahrlässigen negativen Unterstützung sich schuldig gemacht hat. Sagt nun das Gesetz in ganz positiver Weise, daß die von einem Gesammtschuldner verschuldete Unmöglichkeit der Leistung für die übrigen Schuldner als zufällige Unmöglichkeit wirke, so wird man sehr geneigt sein, dies buchstäblich zu nehmen und den fahrlässigen Zuschauer außer jeglicher Verantworwortlichkeit zu setzen, dies um so mehr, als der vorsätzlich Handelnde in Bezug auf den Ersatzanspruch schon nach § 338 schärfer behandelt wird, als der fahrlässige. Ich möchte daher beantragen:

den Abs. 2 des § 334 zu streichen.

Auch der letzten Beanstandung Seufferts, die sich auf den zweiten Satz des Abs. 1 des § 339 bezieht, kann man nach der Erläuterung der Motive (S. 171) nicht beipflichten. Ueberdies ist es doch auch etwas ganz Anderes, ob in besagtem Falle der Gläubiger die Leistung an alle oder lediglich an sich fordern darf, und jedenfalls darf man bei der ohnehin außerordentlichen Dürftigkeit der Behandlung des aktiven Schuldverhältnisses mit untheilbarer Leistung einen zum Verständniß wesentlichen Gegensatz nicht beseitigen. — Die übrigen von Goldschmidt erhobenen Beanstandungen scheinen mir, was die Entbehrlichkeit der vom Entwurf gegebenen Vorschriften betrifft, aus dem Grunde nicht gerechtfertigt, weil diese Vorschriften sehr geeignet sind, das Wesen der Gesammtschuld des Entwurfs schärfer erkennen zu lassen.

Geradezu bewundernswerth ist die vom Entwurf geübte formale Logik und seine Kunst der Schlußfolgerungen. Diese formelle Seite wird ihm viele Freunde gewinnen, und ich fürchte sehr, daß sie allen und selbst den begründetsten Versuchen, unsre Lehre nach den Bedürfnissen des Verkehrslebens und dem Rechtsbewußtsein des Volks zu gestalten, einen übermäßigen Widerstand entgegensetzen wird. Denn beim ersten und wiederholten Lesen des Entwurfs, und so lange man nicht tiefer in das Materielle der Sache eingedrungen ist, gewinnt man ein außerordentlich starkes Gefühl der Sicherheit und Irrthumsfreiheit. Wie glatt gibt sich die Unterscheidung zwischen Schuldverhältnissen mit theilbaren und untheilbaren Leistungen, wie ansprechend die im Allgemeinen gleiche Behandlung der beiden Seiten des Schuldverhältnisses, der Forderung und Schuld, wie einfach die rechtliche Selbständigkeit jeder einzelnen Forderung und Schuld auf die ganze Leistung, wie erleichtert fühlt man sich, wenn das Gesetz von einer Unterscheidung zwischen Solidarität und Korrealität nichts mehr wissen will, und lediglich ein einziges Gesammtschuldverhältniß aufstellt, welch große Rechtssicherheit liegt darin, daß man bezüglich der Frage der Entstehung eines Gesammtschuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft jetzt nicht mehr stets dem konkreten Willen der Kontrahenten im Einzelfall nachzuforschen braucht, sondern durch die Autorität gewisser, vom Gesetz namhaft gemachter Klauseln sich für sein Urtheil beherrschen lassen darf und muß, und wie wird nun gar der Denkprozeß vereinfacht, wenn man den Klauseln, die im bisherigen Verkehrsleben sehr verschiedene Bedeutungen hatten, jetzt nur eine einzige Bedeutung beizulegen hat, und das vom Entwurf angenommene Gesammtschuldverhältniß als durch Rechtsgeschäft begründet insbesondere dann annehmen darf und muß, wenn in dem letztern die Ausdrücke „Alle für Einen und Einer für Alle" oder „zu ungetheilter Hand" oder „sammt und sonders" oder „solidarisch" oder „korreal" gebraucht sind (§ 321 Abs. 2)? Wie leicht kann sich nun jeder Laie über die rechtliche Beurtheilung seines streitigen Falls klar werden, wie viele Prozesse werden jetzt vermieden und wie einfach ist nunmehr die richterliche Entscheidung, die auf umständliche, kostspielige und in ihrem Resultate immerhin unsichere Beweisführungen keine Rücksicht mehr zu nehmen braucht? Es wird genug Juristen geben, die in einer solchen Volksthümlichkeit und Praktikabilität des Rechts den höchsten Triumph des Gesetzes erblicken. Aber diese ganze rein formale Behandlung unsers Gegenstandes durch den Entwurf trifft

von vornherein der schwere Vorwurf, daß sie sich losgelöst hat von den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs und den Rechtsanschauungen des Volks, und daß es nicht Recht, sondern eine Formel ist, welche ihren Gegenstand bildet. Mit was operirt denn der Entwurf? Zwar mit einer, den Gegenstand einer Forderung und Schuld bildenden Leistung, aber nicht mit der Leistung eines wirthschaftlichen Guts, sondern mit der Leistung eines mathematischen Objekts. Die Mehrheit der Subjekte des Gesammtschuldverhältnisses und die aus demselben entspringenden Forderungen und Schulden sind ihm arithmetische Größen und die Leistungen selbst geometrische Körper. Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Leistung, die ganze Leistung, ein Theil, ein gleicher Theil der Leistung, Leistung nur einmal, Berechtigung und Verpflichtung zu gleichen Antheilen, mehr als ein Antheil und Ersatz einer untheilbaren Leistung durch eine theilbare mit Forderungs- und Leistungstheilen, das sind die Begriffe, mit denen der Entwurf nicht blos operirt, sondern die er zur Grundlage seiner ganzen Lehre macht, auf welcher er den Bau der Rechte und Pflichten der Subjekte errichtet. Daß er hierbei zu Resultaten gelangt, die den Bedürfnissen des Verkehrs und dem Rechtsbewußtsein des Volks nicht entsprechen, kann schon von vornherein angenommen werden. Zwar berufen sich die Motive zur Rechtfertigung einzelner Vorschriften nicht selten auf die Bedürfnisse des Verkehrs und auf den praktischen und wirthschaftlichen Zweck der Sammtobligationen, der wesentlich darin bestehe, dem Gläubiger die Vortheile größerer Sicherheit und leichterer und bequemerer Verfolgung seines Rechts zu verschaffen,[10]) allein es geschieht dies meistens nur nebensächlich und zuweilen im direkten Widerspruch mit den Satzungen selbst.[11])

---

[10]) Hiermit ist die Savigny'sche Formulirung des Zwecks der Korrealschuld gemeint (das Obligationenrecht Bd. 1 S. 215 ff.). Uebrigens fordert es die Gerechtigkeit, zu konstatiren, daß schon von Donellus an bis zu Savigny dieser Zweck erkannt war. Einzelnes bei Samhaber, zur Lehre von der Korrealobligation S. 24 Not. 4.

[11]) So bestimmt § 323, daß der Schuldner selbst dann, wenn ein Gesammtgläubiger seine Forderung gegen ihn bereits eingeklagt hat, immer noch an einen andern Gläubiger leisten könne. Ich will mich über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Vorschrift hier nicht aussprechen, aber jedenfalls kann sie nicht in der Weise begründet werden, wie die Motive es thun. Diese sagen (S. 157 ff.): „Der Zweck des Gesammtschuldverhältnisses ist zwar wesentlich auf Sicherung und Erleichterung der Rechtsverfolgung gerichtet; es soll dies aber allen Gläubigern in gleicher Weise zu Gute kommen. Der Möglichkeit eines Konflikts unter

Geradezu wohlthuend und versöhnend wirkt es daher, wenn der Entwurf und die Motive auch einmal von der inneren Natur des Schuldverhältnisses sich leiten lassen, und von der Formel, wenn auch nur für einen Augenblick und gleichsam im Bewußtsein eines Verstoßes gegen die Logik, sich frei machen. Dies geschieht, was dankbar hervorgehoben werden muß, bei der Regulirung des Verhältnisses der Gesammtschuldner zu einander. Anknüpfend daran, daß nach der gemeinrechtlichen Doktrin das Gesammtschuldverhältniß an sich ein zu einer Ausgleichungs- und Regreßpflicht führendes Rechtsverhältniß nicht schaffe, sondern die Frage einer solchen Pflicht nach dem konkreten zwischen den Schuldnern schon bestehendem Rechtsverhältnisse zu beantworten sei, bezweifeln die Motive zwar die Richtigkeit dieser theoretischen Betrachtung nicht, allein „praktische Erwägungen erheischen, daß die Gesammtschuldner als zu gleichen Antheilen verpflichtet gelten". Welcher Natur diese praktischen Erwägungen seien, wird nicht gesagt. Nachdem aber einmal dieser Standpunkt gewonnen war, richten sich die Motive in ihm gleichsam häuslich ein, und fahren

mehreren auf das Ganze klagenden Gläubigern wird dadurch begegnet, daß der Schuldner an jeden der mehreren Gläubigern nach seiner Wahl mit der Wirkung der Befreiung von der Schuld zahlen kann. Für den Schuldner kann allerdings eine nicht unerhebliche Belästigung daraus entstehen, daß er, nachdem ihn der eine Gesammtgläubiger auf das Ganze belangt hat, auch noch von dessen Mitgläubigern auf das Ganze belangt werden und dadurch genöthigt sein kann, gleichzeitig mehrere Prozesse zu führen. Allein dies ist eine Folge des Gesammtschuldverhältnisses und der Schuldner kann sich durch Zahlung oder je nach Umständen durch Deposition frei machen. Jedenfalls aber kann die Rücksicht auf den Schuldner nicht dazu führen, dem Zuvorkommen des einen Gläubigers die Folge zu geben, daß die übrigen Gläubiger dadurch ihrer Rechte gegen den Schuldner verlustig werden." Hier ist die Selbstständigkeit der Einzelberechtigungen der Gesammtgläubiger bis auf's Aeußerste gewahrt. Sieht man auch von jeder Rücksicht auf den in einer sehr fatalen Lage befindlichen Schuldner ganz und gar ab, so kann doch jedenfalls die Zulässigkeit einer Zahlung des Ganzen an einen andern als den klagenden Gläubiger unmittelbar vor der Exekution mit jenem Zweck der Sicherung und Erleichterung der Rechtsverfolgung, die allen Gläubigern in gleicher Weise zu Gute kommen soll, nicht begründet werden. Kommt denn dem klagenden Gläubiger etwas zu Gute, wenn der Schuldner vor Thorschluß das Geld an einen andern etwa insolventen Mitgläubiger zahlt? Würde jener Zweck nicht vielmehr dahin führen müssen, den klagenden Gläubiger, so lange er allein Klage erhoben hat, für ausschließlich legitimirt zur Empfangnahme der eingeklagten Leistung zu erachten, und wenn ein zweiter oder dritter Gläubiger gleichzeitig oder nachträglich Klage erhoben, eine Zahlung an jeden nur nach Raten zuzulassen, damit die Zahlung des Ganzen „allen Gläubigern in gleicher Weise zu Gute käme."

dann fort: „Diese Bestimmung hat übrigens eine über das nach empfangener oder bewirkter Leistung in Frage kommende Ausgleichungs- und Regreßrecht hinausgehende Bedeutung. Sie enthält ein Prinzip über das innere Verhältniß überhaupt. Es erhellt hieraus insbesondere, daß die mehreren Gesammtschuldner in Ermangelung gegentheiliger Bestimmung von vornherein mit der Begründung des Gesammtschuldverhältnisses als in einem inneren Schuldverhältnisse stehend anzusehen sind, welches sie verpflichtet, so zu handeln, daß es überhaupt zu einem Regresse nicht kommt. Sie sind kraft dieses inneren Schuldverhältnisses einander zu der erforderlichen Mitwirkung und Beitragung bei der Leistung verpflichtet, sofern nicht nach dem inneren Verhältnisse die Leistung nur von einem oder einigen Genossen zu bewirken ist." Mit diesem, der Auffassung des Verkehrslebens völlig entsprechenden Prinzipe ist in Wahrheit eine Gemeinschaft der Gesammtschuldner in Bezug auf die ihnen allen obliegende Leistung anerkannt, und es hätte nur noch eines Schrittes weiter bedurft, um zur Erkenntniß zu gelangen, daß auch ihre Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger eine gemeinschaftliche ist.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen wende ich mich zur Kritik einzelner Bestimmungen des Entwurfs, um zu zeigen, in welcher Weise sie der Auffassung des Lebens widerstreiten und unannehmbar sind. Die hierbei zu Tage tretenden Resultate werden ergeben, daß die Grundidee des Entwurfs im Wesentlichen eine unrichtige ist, und daß ihr eine andere substituirt werden muß. Es kann nicht die Absicht sein, schon an dieser Stelle an allen Vorschriften des Entwurfs eine Kritik zu üben, ich muß mich vielmehr, der gestellten Aufgabe gemäß, im Wesentlichen auf den Nachweis beschränken, daß die Bestimmungen über die Gesammtschuld, insoweit sie mit der gemeinschaftlichen Schuld identisch ist, im Wesentlichen unhaltbar sind.

Hier giebt nun zunächst das Verhältniß der an die Spitze des Titels gestellten, im Gemeinen Rechte und in fast allen Partikularrechten und Entwürfen herrschenden Regel der Getheiltheit der theilbaren Schuld zur Begründung der Gesammtschuld durch Rechtsgeschäft Veranlassung zu sehr erheblichen Bedenken. Der Entwurf sagt (§ 320), daß bei theilbarer Leistung jeder Schuldner nur einen gleichen Theil derselben zu bewirken verpflichtet sei, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt wäre. Ueber die Begründung einer Gesammtschuld durch Rechtsgeschäft giebt der Entwurf, abgesehen von dem Willenssurrogat der Klauseln (Einer für Alle u. s. w.),

keine weiteren Vorschriften, und es läßt sich daher annehmen, daß er die Entstehung einer Gesammtschuld durch Rechtsgeschäft nur dann billigt, wenn im Einzelfall eine bestimmte, ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Willens sämmtlicher Kontrahenten, daß von jedem Schuldner die ganze Leistung geschuldet werde, diese aber nur einmal zu geschehen habe, abgegeben worden sei. Diese Auffassung des „Rechtsgeschäfts" folgt schon aus dem gesetzlichen Begriff desselben (§§ 72, 73) und wird überdies speziell zur Erklärung des § 320 von den Motiven (S. 153, letzter Absatz) bestätigt. Hat eine dahin gehende Willenserklärung im Einzelfalle nicht stattgefunden, so darf keine Gesammtschuld, sondern es muß nach der Regel des § 320 eine Theilschuld, und zwar eine für jeden Schuldner gleiche, angenommen werden. Wie gestaltet sich dies aber im Leben? Gesetzt, es hinterlegt Jemand bei zweien dasselbe Logis bewohnenden Brüdern die Summe von 100 Mark in einzelnen Markstücken, und es sollen demnächst nicht bloß dieselbe Summe, sondern auch dieselben Geldstücke zurückgegeben werden, ohne daß irgendwie bestimmt worden wäre, die hinterlegte Summe solle von jedem Verwahrer als Ganzes, freilich nur einmal, wieder erstattet werden. Liegt Gesammtschuld oder Theilschuld vor? Nach dem Entwurfe letzteres, und der um Rückgabe des ganzen Geldes angegangene eine Verwahrer würde entgegenhalten können, er sei nur 50 Mark herauszugeben schuldig, und wegen der anderen Hälfte, obwohl sie in demselben Pulte greifbar liege, solle sich der Hinterleger an seinen Mitempfänger halten. Das Leben verwirft augenscheinlich diesen Einwand, und erklärt den Zahlungsweigernden als Mitschuldner der ganzen Summe. Ganz dasselbe ist der Fall, wenn jene 100 Mark mit der Befugniß ihrer Vermischung mit dem in der gemeinschaftlichen Kasse der beiden Verwahrer befindlichen Gelde zur Aufbewahrung übergeben werden. Zwar hat der Entwurf in diesem Falle ein Darlehn angenommen, allein das Leben betrachtet dieses Geschäft als einen Hinterlegungsvertrag.[12]) — Oder zwei Personen, die gemeinschaftlich ein Weißbindergeschäft betreiben, nehmen zur Vergrößerung desselben ein Darlehn von 1000 auf; von einer Solidarhaft und Aehnlichem ist nicht entfernt die Rede gewesen. Nach dem Entwurf liegt Theilschuld jedes einzelnen Empfängers auf 500 vor, das Leben aber nimmt eine gemeinschaftliche Schuld jedes einzelnen auf 1000 an. —

[12]) Näheres hierüber unten § 4.

Oder endlich, zwei Personen haben gemeinschaftlich ein Logis auf die Dauer von fünf Jahren für den jährlichen Miethpreis von 1000 gemiethet. Der eine Miether bezahlt pünktlich seinen Miethzins, der andere bleibt mit seinem Antheil länger als zwei Jahre im Rückstand. In Folge hiervon kündigt der Vermiether beiden Miethern und tritt vom Miethvertrage zurück (§ 528). Nach dem Entwurfe braucht jeder Miether nur die Hälfte des ganzen Miethzinses zu zahlen, der säumige Miether zieht aus, der pünktliche bleibt wohnen. Fordert von nun an der Vermiether von letzterem den ganzen Jahrespreis, so erwiedert dieser in Uebereinstimmung mit dem Entwurf, daß er nur die Hälfte des Zinses zu bezahlen verpflichtet sei; ihn zum Abzug zu bringen, hat der Vermiether kein Recht, denn jener hat seine Verbindlichkeit erfüllt; ihn zu einer Theilung der Wohnung zu veranlassen, geht nicht, denn der Miether hat die untheilbar ganze Wohnung gemiethet, kurz, der pünktliche Miether behält die ganze Wohnung zum Gebrauche gegen den halben Miethzins. Das Leben faßt diese Sache anders auf, indem es beide Miether als gemeinschaftliche Schuldner des ganzen Miethpreises ansieht und im Falle des zweiterminlichen Rückstandes des ganzen oder eines Theils des Miethzinses durch einen oder den anderen Miether dem Vermiether den Rücktritt gestattet. — Aus diesen Beispielen, die um ein Vielfaches vermehrt werden können, ergiebt sich die Nichtübereinstimmung der angegebenen Satzung des Entwurfs mit den Anforderungen des heutigen Lebens, und wir gewinnen jetzt schon die Ueberzeugung, daß es neben dem Rechtsgeschäft an sich noch ein anderes Moment giebt, welches zur Begründung einer gemeinschaftlichen Schuld mehrerer Kontrahenten zu führen geeignet ist. Das Nähere und Positive kann erst später dargestellt werden.

Eine zweite wesentliche Abweichung von den Anforderungen des heutigen Lebens dokumentirt der Entwurf durch die Verwerfung der Zweitheilung der Gesammtschuldverhältnisse und in der gesetzlichen Normirung nur eines einzigen solchen Verhältnisses. Die Motive geben uns freilich den Trost, es verstehe sich von selbst, daß die einzelnen Bestimmungen keine leges absolutae seien, also der Abänderung durch Parteiwillen unterlägen. Allein dies ist kein ausreichender Trost. Wollte der Gesetzgeber einer Normirung der Rechtsverhältnisse überall da sich enthalten, wo es dem Parteiwillen möglich wäre, sich seine Rechtsverhältnisse selbst zu gestalten, so brauchten wir vielleicht nur ein sehr mageres Gesetzbuch, und der Entwurf hätte dar-

nach auch nicht nöthig gehabt, Bestimmungen über seine Gesammtschuldverhältnisse in der ausführlichen Weise zu geben, wie er gethan hat. Das Gesetz ist aber wesentlich gerade zu dem Zweck da, um in Ermangelung eines besonderen Parteiwillens Bestimmungen zu treffen, die der Verkehrsnatur eines Rechtsverhältnisses und dem allgemeinen Verkehrswillen entsprechen. Nun kennt aber nicht bloß unser heutiger Verkehr jene Zweitheilung der Gesammtschuldverhältnisse in gemeinschaftliche Schuldverhältnisse und eigentliche Gesammtschuldverhältnisse, sondern beide, jene und diese, sind häufige Erscheinungen des täglichen Lebens. Wohl muß zugegeben werden, daß ein sehr erheblicher Theil der letzteren Gattung dem großartigen Kapital- und Arbeitsverkehr angehört, dem Verkehre großer Finanzinstitute, der großen Industrie, des Staates und seiner Provinzen, Kreise und Gemeinden, die bei ihren Vertragsabschlüssen von gewandten Geschäftsleuten und kenntnißreichen Juristen berathen werden, und darum in der Lage sind, ihre Interessen ausreichend zu wahren und bis ins Kleinste gehende Vertragsbestimmungen zu treffen, allein es bleiben selbst da in Hülle und Fülle Lücken, welche nur das auf genauester Kenntniß des Verkehrscharakters solcher Schuldverhältnisse beruhende Gesetz auszufüllen im Stande ist. Es haben sich in dieser Hinsicht sowohl im großen wie im kleinen Verkehr Normen genug ausgeprägt, welche man nur zu sammeln und zu prüfen braucht, um sie dem Gesetze als Normen für diejenigen Fälle einzuverleiben, in welchen der Parteiwille lückenhaft geblieben ist. Für die einheitliche Gestaltung des Gesammtschuldverhältnisses kann die Autorität des Preußischen Landrechts, des Oesterreichischen Gesetzbuchs und des code civil nicht angeführt werden, da diese drei Gesetzeswerke in eine Zeit fallen, in welcher die gemeinrechtliche Doktrin zwischen Korreal- und Solidarobligation noch nicht recht unterschied. Der Hessische, Bayrische und Dresdener Entwurf, das Sächsische und Schweizerische Gesetzbuch, die im Wesentlichen ebenfalls eine einheitliche Gestaltung des Gesammtschuldverhältnisses angenommen haben, stehen aber offensichtlich unter dem Eindruck der Unklarheit und Verworrenheit der wissenschaftlichen Behandlung der Korreal- und Solidarobligationen, und ist es daher leicht erklärlich, warum die Verfasser des Entwurfs einer Zweitheilung der Gesammtschuldverhältnisse den Rücken gekehrt haben. Ich will aus den mir bekannt gewordenen Fällen nur einige, dem mittleren Verkehr entnommene Beispiele anführen, aus welchen sich die Existenz einer von der gemeinschaftlichen Schuld (oder der Gesammt-

schuld des Entwurfs) durchaus verschiedenen Gesammtschuld mit vollster Klarheit ergiebt, und zwar sollen damit nur zwei, allerdings sehr wichtige Verschiedenheiten ins Licht gesetzt werden. Angenommen, die Direktion einer Staatsbahn schließt mit drei sogenannten Bauunternehmern bezüglich der Erbauung einer bestimmten Baustrecke einen Werkvertrag, durch welchen diese sich verpflichten, „zur Ausführung sowohl der Erd-, Fels-, Planirungs-, Böschungsbefestigungs- und Rodungsarbeiten zur Bildung des Bahnkörpers und seiner definitiven Nebenanlagen (als Wege, Rampen, Gräben, Bahnverlegungen u. s. w.), als auch der Erd- und Maurerarbeiten an den in der Anlage näher bezeichneten Bauwerken, nach Vorkommen und auf Erfordern auch zu Holzfällungsarbeiten, zum Aussetzen von brauchbaren Materialien und zur Herstellung von Oberbau, Bettung u. s. w. unter Zugrundelegung der in der Anlage enthaltenen sogenannten Allgemeinen Bedingungen u. s. w. u. s. w." Es ist hierbei ausdrücklich vereinbart, daß die Uebernehmer solidarisch haften sollen. Nun arbeitet der eine derselben prompt und gewissenhaft, allein die beiden anderen lassen die Arbeiten liegen oder führen sie in der schlechtesten Weise aus, sie zerstören sogar die Bauten, die jener aufgerichtet, sie leiten absichtlich oder fahrlässig einen Fluß ab, der den Bahnkörper vernichtet u. s. w. Nach den §§ 340, 321 und 325 wird wegen dieses nur einigen Gesammtschuldnern zur Last fallenden Verschuldens von dem anderen Gesammtschuldner nicht gehaftet. Dies entspricht nicht nur nicht der Willensmeinung der Eisenbahndirektion, sondern auch nicht der Ansicht Aller, die mit solchen Eisenbahnbauverhältnissen einigermaßen vertraut sind, und man würde sich gewiß einem sehr abfälligen Urtheil aller Sachverständigen aussetzen, wollte man ihnen entgegnen, der Ausdruck: „solidarisch" habe zwar die Bedeutung, daß Einer für Alle und Alle für Einen in Bezug auf die vertragsmäßige Ausführung der Arbeiten haften sollten, aber nicht die Bedeutung, daß jeder auch für das Verschulden des Andern bei Ausführung derselben Arbeiten haften solle. Dies ist jedenfalls keine volksthümliche Jurisprudenz. — Zweiter Fall. Ein Großgrundbesitzer verpachtet sein ganzes Gut an ein Konsortium von 15 Bauern der dortigen Gegend mit der Befugniß, dasselbe nach Huben unter sich zu vertheilen und zu bewirthschaften. In der darüber errichteten Urkunde übernimmt die Gesellschaft die sorgfältige Bebauung und Düngung der verpachteten Grundstücke, die rechtzeitige Aushebung der Gräben, Säuberung der Wiesen von Gebüschen, Erhaltung der

Grundstücke in ihren Grenzen, Verhinderung der Entstehung von Servituten, Anzeige vom Verlust von Grenzsteinen, Anzeige von unerlaubten Fahrten, Abackern oder sonstiger Beeinträchtigung der Grundstücke, die sorgfältige Unterhaltung von Obstbäumen, Alles bei Meidung einer Konventionalstrafe und unter solidarischer Haftbarkeit Aller. Nun trifft einen von jenen 15 Gesellschaftern ein Verschulden, das zu einem von den andern unabwendbar gewesenen Schaden führt. Nach dem Entwurf haftet lediglich jener Schuldige, den der Verpachter überdies auch erst ermitteln muß, die übrigen sind frei von Schadensersatz und Konventionalstrafe. Das Leben aber betrachtet dieses Gesellschaftsverhältniß als ein derartig wirthschaftlich inniges und einheitliches, daß dem Verpachter gegenüber das Verschulden des einen Gesellschafters als das der Gesellschaft selbst und somit auch als das jedes einzelnen Gesellschafters gilt. — Bei allen Verpachtungen von Domanialgrundstücken im Großherzogthum Hessen, denen gedruckte sogenannte Allgemeine Bedingungen zu Grunde liegen, wird dem Pachter eine große Zahl von Einzelverpflichtungen in Bezug auf ordnungsmäßige Behandlung und Erhaltung der Grundstücke auferlegt und dabei bestimmt, daß der Pachter für die an den Grundstücken und den darauf befindlichen Obstbäumen vorkommenden Beschädigungen verantwortlich sei. Werden solche Grundstücke an Mehrere verpachtet, so pflegt vereinbart zu werden, daß wegen Erfüllung aller Bedingungen „Alle für Einen und Einer für Alle" zu haften hätten. Wenn nun einer der mehreren Pachter sich einer arglistigen oder fahrlässigen Beschädigung schuldig gemacht, so würde nach dem Entwurfe nur dieser, die übrigen aber nicht zu haften haben, was augenscheinlich den Bedürfnissen des Lebens und den Rechtsanschauungen der Interessenten nicht entspricht. Es läßt sich annehmen, daß derartige Verträge zu vielen Tausenden in Deutschland geschlossen werden, so daß sich jenes Bedürfniß und jene Rechtsanschauung in ganz Deutschland gleichmäßig geltend macht. In jenen gedruckten Bedingungen pflegt man auch vielfach von einem gemeinschaftlichen Pachtverhältniß zu reden, welches daraus entsteht, daß „mehrere die fraglichen Grundstücke oder die fragliche Jagd oder Fischerei gemeinschaftlich pachten."

In allen diesen Fällen erblicken wir eine über die bloß solidarische Gesammtschuld des Entwurfs wesentlich hinaus gehende korreale Gesammtschuld, ohne daß hierfür andere Ausdrücke gebraucht werden, als diejenigen, welche nach dem Entwurfe bloß jene erstere bewirken

sollen. Der korreale Charakter eines Gesammtschuldverhältnisses zeigt sich aber auch in allen solchen Fällen, in welchen während des Bestandes des Schuldverhältnisses eine rechtsgeschäftliche Verhandlung zwischen dem Gläubiger und der Gesammtschuldnerschaft nöthig wird. Dies findet sich vorzugsweise beim Werkvertrag, dessen Gegenstand ein gewisses Bauunternehmen bildet. Es ist nämlich vielfach durchaus nicht möglich, den Plan eines Baues schon beim Vertragsabschluß bis in sein kleinstes Detail auszuarbeiten, und es bleiben daher in der Regel mehrere Arbeiten nach Art und Umfang unbestimmt. Für solche Fälle werden nur die Einheitspreise bestimmt und es wird dem Werkbesteller überlassen, späterhin die ihm erforderlich scheinenden Arbeiten und Materiallieferungen im Einzelnen näher zu bestimmen und insbesondere auch die Zeiten festzusetzen, zu welchen mit der Anlieferung des Materials und mit der Arbeit begonnen und in welchen letztere vollendet werden soll. Wäre das Schuldverhältniß der Uebernehmer ein einfach gemeinschaftliches, oder ein solches, wie es vom Entwurf aufgestellt wird, so wäre der Besteller zur Begründung seiner Forderung gegen jeden genöthigt, alle seine, auf die nähere Bestimmung des Vertragsobjekts und der Arbeitszeiten Bezug habenden Handlungen gegenüber sämmtlichen Mitschuldnern vorzunehmen, mit jedem derselben in Korrespondenz zu treten, mit jedem die nähere Ausführung des Baues zu verabreden, jedem die erforderlichen Pläne, Skizzen, Zeichnungen und Berechnungen einzuhändigen und von jedem die erforderlichen Zusagen entgegen zu nehmen. Dies ist jedoch in der Praxis gar nicht durchzuführen, denn vielfach sind die Wohn- und Geschäftssitze der einzelnen Unternehmer an verschiedenen, weit abliegenden Orten, meistens sind die Unternehmer gleichzeitig mit anderen Bauunternehmungen an entfernten Orten beschäftigt, sie kommen nur ab und zu an die Baustelle, haben zwar hier ihre Techniker, Aufseher und Poliere, ertheilen denselben aber keine Vollmacht zum Abschluß von Rechtsgeschäften mit dem Besteller, kurz, jener Apparat der vielfachen Einzelverhandlungen ist so umständlich, zeitraubend und unsicher, daß ein entschiedenes Bedürfniß nach einer Vertretung sämmtlicher Uebernehmer durch einen oder wenige von ihnen dem Besteller gegenüber zu Tage tritt. Wir sehen daher auch in vielen Eisenbahnbauverträgen eine Bestimmung aufgenommen, daß „alle Mittheilungen, Aufforderungen und Zustellungen, welche sich auf die Ausführung dieses Vertrags beziehen,“ an einen einzigen, bestimmten Uebernehmer mit Wirkung für und gegen Alle gerichtet werden können und

müssen[13]). — Gleiche Bedürfnisse nach einer Vertretung der Gesammtschuldnerschaft machen sich auch bei dem Pachtvertrag über ein großes Gut an ein Konsortium, welches dasselbe unter sich pachtweise vertheilt oder verloost, geltend. Auch hier ist es dem Verpachter geschäftlich nicht möglich, die im Laufe der Pacht nothwendig werdenden Geschäfte mit allen einzelnen Pachtern zu erledigen, und pflegt daher auch in solchen Fällen eine gewisse Vertretung vereinbart zu werden. „Bei allen das Pachtverhältniß betreffenden Vorkommnissen jeder Art wird die Gräfliche Rentkammer nur mit dem von der Pachtgesellschaft zu wählenden Ausschusse verhandeln." Der Ausschuß handelt daher für alle Pachter mit unwiderruflicher Vollmacht namentlich in Fällen der Meliorationen, der nothwendigen Bauten oder Wegeanlagen, der Wiesenwässerung, der Expropriation einzelner Grundstücke zum Bergbaubetrieb, des Pachtnachlasses wegen Mißwachses, Hagelschlags, Wasserfluth, Mäuse- oder Insektenfraßes, Frostschadens, Brandes und Kriegeszugs, der Kündigung oder Fortsetzung des Pachtverhältnisses und der Regulirung der beiderseitigen Schadensersatzansprüche. Nun nehme man aber Fälle, in welchen eine durch das Bedürfniß geforderte Vertretung der einzelnen Mitschuldner überhaupt nicht oder nicht gehörig vereinbart ist, und frage, wie sich die Gesetzgebung solchen Fällen gegenüber verhalten, ob sie die Kontrahenten deren Unterlassungssünden büßen lassen oder ob sie dieselben im Interesse einer ordnungsmäßigen und loyalen Abwickelung der Geschäfte mit der Schaffung einer solchen Vertretung unterstützen soll. Es ist dies eine sehr schwierige Frage, die nur auf Grund einer genauen Betrachtung einer großen Zahl von Geschäftsarten beantwortet werden kann. Selbstverständlich sind hierbei die vom Gesetz für den Gesellschaftsvertrag aufgestellten Grundsätze von maßgebender Bedeutung, und es wird daher der Gläubiger in Ermangelung einer mit seinen Gesammtschuldnern über deren Vertretung durch einen oder den andern Mitschuldner getroffenen Vereinbarung die nachträglich nothwendig werdenden Rechtsgeschäfte unbedenklich mit denjenigen Mitschuldnern schließen können, welchen in Gemäßheit der §§ 636 ff. die Führung der Geschäfte der Gesellschaft übertragen worden ist. Allein dieses gesetzliche Hülfsmittel gewährt dem Gläubiger keine ausreichende Ga-

[13]) Oder: „Die Unternehmer K. und D., deren Firma nicht in das Handelsregister eingetragen ist, erklären sich damit einverstanden, daß die Korrespondenz mit dem Geschäftstheilhaber K. allein geführt werden soll."

rantie, schon deswegen nicht, weil die Vertretungsbefugniß von so vielen Voraussetzungen abhängig ist, deren Dasein der Gläubiger fast niemals mit einiger Sicherheit erkennen kann. Bei denjenigen Gesellschaften aber, bei welchen eine Vertretung nicht vereinbart ist, und demnach die Geschäftsführung allen Gesellschaftern dergestalt gemeinschaftlich zusteht, daß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, müßte der Gläubiger jenen schwerfälligen Apparat der Verhandlung mit jedem einzelnen seiner Mitschuldner in Bewegung setzen, dessen Ersatz durch eine einfache Vertretung, wie oben gezeigt, so sehr wünschenswerth ist. Es wird die Aufgabe der Erörterung der eigentlichen Gesammtschuld sein, in dieser Hinsicht geeignete Vorschläge zu machen, einstweilen will ich nur darauf hinweisen, daß man für die oben erwähnten Fälle zum Mindesten dem Gläubiger das Recht einräumen muß, von seinen Gesammtschuldnern die Bestellung eines oder mehrerer Vertreter zur ordnungsmäßigen, dem Zweck des konkreten Geschäfts und der Gesellschaft selbst entsprechenden Abwickelung des Gesammtschuldgeschäfts zu verlangen, wie Aehnliches für den Fall der Mittheilung der Willenserklärung eines Dritten, zu deren Entgegennahme eine Körperschaft verpflichtet ist, der Entwurf (§ 44) bestimmt.

Aus vorstehender Kritik wesentlicher Bestimmungen des Entwurfs über seine Gesammtschuld dürfte hervorgehen, daß die derselben unterliegende Grundidee den Bedürfnissen des Lebens und den Rechtsanschauungen des Volks nicht entspricht und durch andere Prinzipien ersetzt werden muß. Diese sollen nunmehr an der Hand der wirthschaftlichen Natur der gemeinschaftlichen Schuld aufgesucht werden.

III. Die wirthschaftliche Natur der gemeinschaftlichen Schuld.

A. Die allgemeinen wirthschaftlichen Elemente der gemeinschaftlichen Schuld.

§ 3.

Wenn man es sich zur Aufgabe setzen will, die rechtliche Natur der gemeinschaftlichen Schuld aus deren wirthschaftlicher Natur zu erklären, so beschränkt man von vornherein das Gebiet der Untersuchung in sofern, als alle diejenigen Fälle der gemeinschaftlichen Schuld ausgeschieden werden müssen, bei welchen die wirthschaftliche Natur eines Schuldverhältnisses überhaupt nicht bestimmend und gestaltend wirken kann oder soll. So kann die Kraft des Gesetzes,

ohne Rücksicht auf die Anforderungen der wirthschaftlichen Natur eines einzelnen Schuldverhältnisses und indem es gewissen anderen und höheren Zwecken gerecht zu werden sucht, eine gemeinschaftliche Schuld schaffen oder einer wirthschaftlich gemeinschaftlichen Schuld die rechtliche Anerkennung als gemeinschaftliche Schuld versagen. Eine gleiche Kraft besitzt der erklärte Parteiwille, indem dieser, unbekümmert um die Anforderungen der Wirthschaftlichkeit und lediglich willkürlichen Impulsen folgend, nach Belieben eine gemeinschaftliche Schuld schaffen oder auflösen kann. Auch das aus einem Delikte erzeugte gemeinschaftliche Schuldverhältniß beruht nicht auf wirthschaftlichen Erwägungen, es hat vielmehr im Wesentlichen seinen Entstehungsgrund darin, daß jeder Delinquent mit Verletzung der wirthschaftlichen Gesetze unter Beihülfe des andern, also in gemeinschaftlicher Ausführung einen Schaden stiftet, der, weil von jedem ganz verursacht, auch von jedem ganz, jedoch mit der Beschränkung auf nur einmaligen Ersatz getragen werden muß.

Die Erkenntniß der wirthschaftlichen Natur der gemeinschaftlichen Schuld kann nun in solider Weise nur aus einer Betrachtung der einzelnen Schuldverhältnisse gewonnen werden, und muß man sich von vornherein des Gedankens entschlagen, daß ein paar von der Oberfläche der Sache genommenen Bemerkungen genügten, um ein volles und klares Licht über diesen für den Verkehr so sehr wichtigen Gegenstand zu verbreiten. Einer detaillirten Untersuchung kann man daher nicht aus dem Wege gehen. Wenngleich nun erst am Schlusse derselben ein sicheres Urtheil über den wirthschaftlichen Charakter der gemeinschaftlichen Schuld gewonnen werden kann, so empfiehlt es sich doch, einleitungsweise die allgemeinen wirthschaftlichen Elemente der gemeinschaftlichen Schuld zu skizziren, um gleich von Anfang an den Rahmen anzudeuten, innerhalb dessen jene Detailuntersuchungen sich bewegen werden.

Die Grundelemente der wirthschaftlichen Natur der gemeinschaftlichen Schuld sind der wirthschaftliche Vortheil (Nutzen, Interesse) des Gläubigers und Schuldners. Betrachtet man von hier aus zunächst das ungetheilte Einzelschuldverhältniß, d. h. das Schuldverhältniß, in welchem ein Gläubiger einem Schuldner gegenübersteht, und die vom Schuldner geschuldete Leistung das obligationsmäßige Bedürfniß des Gläubigers zu befriedigen bestimmt ist, so findet man, daß diese Einzelschuld für den Gläubiger ihre Vortheile, aber auch ihre Nachtheile haben kann. Von Vortheil ist sie deshalb, weil der Gläubiger

bei ihr es stets nur mit einer Person zu thun hat. Schon vor dem Vertragsabschluß brauchen sich seine Erkundigungen nach der wirthschaftlichen Persönlichkeit seines Gegenkontrahenten (Solvenz, Rechtschaffenheit) nur auf eine Person zu beschränken, die Vorverhandlungen mit einem Gegenkontrahenten sind einfacher, als wenn mehrere Paciscenten mit hinein redeten, der Vertragsabschluß mit einem geht rascher und leichter von Statten als mit mehreren, ein einziger Schuldner ist später leichter zu überwachen, als mehrere, die Wahrscheinlichkeit der später eintretenden Insolvenz eines einzigen Schuldners ist geringer, als die der Insolvenz eines von mehreren, und die Kündigung, Mahnung und Einklagung der Schuld gegen einen allein verursachen weniger Arbeit, Mühe, Kosten, Sorgen und Gefahren, als wenn sie gegen mehrere Schuldner vorgenommen werden müssen. Andrerseits hat aber diese Einzelschuld auch ihre erheblichen Nachtheile für den Gläubiger. Wird derselbe bezüglich der Geschäftsfähigkeit, der Solvenz und des Charakters seines Schuldners getäuscht, so verliert er seine ganze Forderung, während, wenn er mehrere Schuldner pro rata hätte, er doch nur einen geringeren Theil seine Forderung einbüßen würde. Hierzu kommt, daß die wirthschaftlichen Kräfte eines Einzelnen zuweilen dem Gläubiger nicht hinlänglich stark erscheinen, um mit demselben überhaupt zu kontrahiren, während ihm ein Vertragsabschluß dadurch ermöglicht würde, daß er die wirthschaftlichen Kräfte mehrerer Schuldner zugleich in seinen Dienst zöge. Da es nun ein sehr natürliches und überdies gerechtfertigtes Bestreben der Menschen ist, ihre wirthschaftliche Lage nach Möglichkeit zu verbessern, und einerseits die ihnen zu Gebote stehenden Vortheile sich anzueignen und andrerseits die ihnen im Wege stehenden Nachtheile zu beseitigen, so ist es leicht erklärlich, wenn sie nach irgend einer Gestaltung ihrer Schuldverhältnisse suchen, durch welche ihnen als Gläubigern die Vortheile der ungetheilten Einzelschuld und die der auf mehrere Schuldner vertheilten Schuld ermöglicht, und die Nachtheile beider abgenommen werden. Es liegt nahe, daß sie ihren Schuldverhältnissen eine solche Gestalt geben, daß jeder der mehreren Schuldner wie der Einzelschuldner einer ungetheilten Schuld oder der ganzen Schuld haftet.

Betrachtet man sodann die wirthschaftliche Lage des Schuldners bei einem ungetheilten Einzelschuldverhältnisse, so findet man auch in ihr Vortheile und Nachtheile gemischt. Der Schuldner hat den

Vortheil der Selbstständigkeit in seinen Handlungen und der Unabhängigkeit von Mitschuldnern, er genießt das Aequivalent seiner Verpflichtung allein und braucht es mit andern Berechtigten nicht zu theilen, und ladet sich schließlich keine Verantwortlichkeit für die Handlungen und Unterlassungen Dritter auf. Andrerseits aber trägt er die Last der Schuld ganz allein. Von sehr erheblicher Bedeutung ist hierbei der häufig vorkommende Umstand, daß das Interesse, welches er an der Entstehung eines Schuldverhältnisses hat, nicht ein selbstständiges, unabhängiges, in quali und quanto fest bestimmtes und abgegrenztes, sondern ein mit dritten Personen gemeinschaftliches ist. Die Untrennbarkeit seines Interesses von dem seiner Mitinteressenten muß ihn daher bestimmen, mit diesen zugleich ein Schuldverhältniß einzugehen, durch welches er sich in derselben Weise verpflichtet, wie wie wenn sein eigenes Interesse ausschließlich in Frage stände. Denn ein ordentlicher Wirthschafter verpflichtet sich (von Gefälligkeitsverpflichtungen abgesehen) zwar nur in dem Maße, aber auch ganz und voll in dem Maße, als sein wirthschaftliches Interesse es verlangt, und es ist daher durchaus natürlich, daß alle diejenigen, welche an der Entstehung eines Schuldverhältnisses ein gemeinschaftliches, ungetheiltes Interesse haben, gerade so haften sollen, wie der Einzelschuldner bei einem ungetheilten Schuldverhältniß, bei welchem der Vortheil lediglich ihm zu gute kommt. Die Theilung der durch das Schuldverhältniß dem Gläubiger gegenüber übernommenen Lasten und Verbindlichkeiten erfolgt dann später, sei es noch während des Bestands des Schuldverhältnisses, sei es nach dessen Aufhebung durch Beitragsleistung nach dem Maßstabe der Größe des Interessenantheils eines jeden.

Entsteht hiernach für alle Interessenten eine gemeinschaftliche Schuld, so ist dies zunächst weiter nichts, als eine Verbindung mehrerer, die ganze Leistung zum Gegenstande habender Einzelverpflichtungen zum Zweck der obligationsmäßigen Befriedigung des Gläubigers. Der Zweck ist ein gemeinschaftlicher, die Einzelverpflichtungen aber sind die selbstständigen und von einander unabhängigen Mittel zur Erreichung jenes Zwecks. Es liegt in der Natur des wirthschaftlichen Lebens, daß man ohne gegründete Veranlassung keinerlei, das eigene Interesse überschreitende Verbindlichkeiten eingeht, und ist es daher für diese gemeinschaftliche Schuld ein charakteristisches Merkmal, daß keiner der mehreren Mitschuldner eine Verantwortlichkeit für das Thun oder Unterlassen eines Einzelverpflichteten

übernimmt, oder seinen Mitgenossen das Recht einräumt, über seine Einzelverpflichtung in einer ihm nachtheiligen Weise zu verfügen.

Allein es giebt im Verkehrsleben auch Interessen mehrerer Personen an einem Schuldverhältniß, die weit über die Gemeinschaftlichkeit hinausgehen, und sich geradezu als einheitliche und identische erweisen. Das Interesse des Einen ist zugleich das des Andern, die zur Wahrung dieses Interesses eingegangene Schuld ist eine und dieselbe, das Thun und Lassen des Einen ist das Thun und Lassen des Andern und die Schuld des Einen die des Andern. Dies ist die Gesammtschuld im eigentlichen Sinne des Wortes.

B. Die wirthschaftliche Natur der gemeinschaftlichen Schuld bei den einzelnen Schuldverhältnissen.

1. Der Hinterlegungsvertrag.

§ 4.

1. Die wirthschaftliche Natur des Hinterlegungsvertrags. — Eine der wesentlichsten Aufgaben der Privatwirthschaft ist die Erhaltung der körperlichen Vermögensgegenstände in ihrem dermaligen wirthschaftlichen Zustande, zum Unterschiede von der Vermehrung ihrer Brauchbarkeit und der Erhöhung ihres Werthes. Unter diesem wirthschaftlichen Zustande ist nicht blos die physische Beschaffenheit der körperlichen Sache, ihre körperliche Integrität, sondern auch ihre Gebrauchsfähigkeit und jederzeitige Gebrauchsmöglichkeit verstanden. Was insbesondere den letzteren Begriff angeht, so ist es für den Besitzer von größtem Interesse, seine Sache stets greifbar zu haben, und zum Mindesten zu wissen, wo sie sich befindet, damit er nicht lange nach ihr zu suchen und unnützer Weise viel Zeit zu opfern braucht.[14]) Jene Aufgabe der Erhaltung eines Vermögensgegenstandes ist der Privatwirthschaft deshalb gestellt, weil der wirthschaftliche Zustand einer jeden körperlichen Sache fortwährend einer großen Zahl von Einflüssen ausgesetzt ist, die nachtheilig auf ihn einwirken, und ihn mit einem Male oder nach und nach, in längerer oder kürzerer Zeit ganz oder theilweise zu verderben oder zu vernichten im Stande sind. Nach ihrem Ursprung oder Ausgangspunkte zerfallen diese nachtheiligen Einflüsse in zwei Hauptklassen, indem sie entweder

[14]) Dies drücken die Sprüchwörter aus: „Wer aufhebt, der findet, wenn er bedarf", „Wohl aufgehoben, ist leicht gefunden." Wander, Deutsches Sprüchwörter-Lexikon. Bd. I S. 161.

schon mit dem wirthschaftlichen Zustande der Sache selbst gegeben sind (innere Einflüsse), oder außerhalb desselben liegen, und von außen auf ihn einwirken (äußere Einflüsse). Die inneren Einflüsse sind entweder rein innere, wenn lediglich die natürliche Beschaffenheit der Sache den allmähligen Verderb herbeiführt, so beispielsweise wenn der lebende Organismus den Keim des Todes schon in sich trägt, wenn ein Thier aus Mangel an Nahrung dahinstirbt oder eine Pflanze aus Mangel an Regen verwelkt oder verdorrt, oder sie sind im Wesentlichen innere, die aber durch gewisse äußere, im wirthschaftlichen Leben jedoch unentbehrliche Einflüsse berührt, geweckt, verbreitet und gestärkt werden. Dahin gehört beispielsweise der sogenannte innere Verderb von Sachen, die den nachtheiligen Einwirkungen der atmosphärischen Luft unterliegen, und der als Faulen, Schimmeln, Zehren, Schwinden, Rosten u. dgl. mehr in die Erscheinung tritt. Die äußeren Einflüsse zerfallen wiederum in zwei Abtheilungen; sie sind entweder Elementarereignisse d. h. feindliche Mächte, wie Sturm, Brand, Wasser, Eis, Hagel, große Hitze oder Kälte u. dgl. mehr, oder schädliche menschliche Handlungen, wie Raub, Diebstahl, Unterschlagung oder körperliche Beschädigung.

Zur Erreichung jenes Zwecks, der Erhaltung der körperlichen Vermögensgegenstände in ihrem dermaligen Zustande oder, was nunmehr damit gleichbedeutend ist, der Abhaltung nachtheiliger innerer und äußerer Einflüsse stehen dem Menschen zahlreiche und verschiedenartige Mittel zu Gebote. Es giebt kein Universalmittel, welches für alle nur denkbaren Fälle zweckentsprechend, nothwendig oder ausreichend wäre. Aus dem im wirthschaftlichen Leben allgemein angewendeten Grundsatze, daß nur zweckentsprechende Handlungen eine wirthschaftliche Berechtigung haben, folgt für das Verhalten des um die Erhaltung seiner Sache besorgten Besitzers, daß er alle diejenigen Schutzhandlungen vornehme, welche nach Beschaffenheit aller Umstände des Einzelfalls zur Abwendung eines nachtheiligen inneren und äußeren Einflusses erforderlich sind, überflüssige, zwecklose Handlungen aber vermeide. Art, Zahl, Beschaffenheit und Umfang der anzuwendenden Sicherungshandlungen richtet sich ganz und gar nach der Art, Zahl, Beschaffenheit und Stärke jener Einflüsse, welche den wirthschaftlichen Zustand der Sache bedrohen. Hier zeigt sich nun ein wesentlicher wirthschaftlicher Unterschied in den erforderlichen Sicherungshandlungen, je nachdem es sich um die Abwendung innerer oder um die Abhaltung äußerer Einflüsse handelt. Bei jenen ist die

wirthschaftliche Sorgfalt und Thätigkeit eine wesentlich größere, stärkere, schwierigere, zeitraubendere und kostspieligere wie bei dieser. Wer um die Erhaltung seines Pferdes besorgt sein will, muß ihm täglich zu verschiedenen Zeiten Futter und Wasser reichen, muß öfter nach ihm sehen und sich überzeugen, ob es gesund ist, ob die Temperatur des Stalles nicht zu heiß und nicht zu kalt ist, muß ihm Streu geben, muß es putzen, muß ihm Bewegung machen und dabei darauf achten, daß es draußen keinen Schaden nimmt. Wie gering dagegen ist seine Thätigkeit bezüglich der Erhaltung seines im Schuppen stehenden Pflugs oder Leiterwagens? Er braucht denselben nur einmal einen Platz daselbst anzuweisen; Niemand wird sie holen, nöthigenfalls schließt er des Abends den Schuppen oder das Hofthor zu. Wer eine größere Anzahl von Topfgewächsen sich erhalten will, muß sie im Sommer im Freien halten und je nach der Witterung begießen, im Winter aber sie in einen frostfreien Raum verbringen und durch Feuerung die Temperatur regeln, er muß sie rechtzeitig verpflanzen und beschneiden, und überall mit gärtnerischer Kenntniß handeln. Dies Alles absorbirt viel Zeit und Geld, und die wirthschaftlichen Opfer, die der Besitzer bringen muß, sind erheblich größer als diejenigen, die etwa mit der Verwahrung eines Buches verbunden sind. Die Handlungen, welche zur Sicherung einer Sache vor nachtheiligen äußeren Einflüssen, Elementarereignissen und widerrechtlichen Einwirkungen Dritter erforderlich sind, sind im Wesentlichen einfacher und mit geringeren Opfern verbunden. Auch sie richten sich nach Art, Zahl, Beschaffenheit und Stärke der drohenden Angriffe und sind darnach sehr verschieden. Das ihnen allen Gemeinsame ist, daß der Sache ein gewisser sicherer Raum angewiesen, das Faß Wein im verschließbaren kühlen Keller, das Mobiliar in der Wohnung, das Silbergeschirr im Schranke, das Geld im Pulte u. s. w. niedergelegt und unter Aufsicht belassen wird. Von Zeit zu Zeit hat der Besitzer vom Nochvorhandensein der Sache sich zu überzeugen, nicht täglich, denn ein ordentlicher Wirthschafter hat zunächst seinem Berufe zu leben und darf das Vertrauen haben, daß die von ihm vorgenommenen Schutzmaßregeln von längerem Bestande seien. Droht der Sache eine Gefahr, so muß er derselben vorbeugen. Wird er benachrichtigt, daß sein im Hofe liegendes Holz in kommender Nacht gestohlen werden solle, so hat er selbst zu wachen oder zuverlässige Leute als Wachen zu bestellen oder die Schutzmannschaft um Hülfe anzugehen. Droht Ueberschwemmung oder Brand, so hat er, sofern er es über-

haupt noch vermag, die Sache rechtzeitig an einen anderen sicheren Ort zu verbringen. Je größer die Zeit des Nichtgebrauchs der Sache ist, um so häufiger werden die äußeren Gefahren sein, und um so häufiger wird der Besitzer Anlaß zur Vornahme von Sicherungshandlungen haben. Alle haben nur einen Zweck, den der Sicherung der Sache vor drohender Gefahr, aber als Sicherungsmittel sind sie von einander verschieden; sie sind bald das Verbringen von einem Raume in den andern, bald das Verschließen der Keller-, Zimmer-, Schrank- und Pultthüren, bald das persönliche Bewachen der im freien Raum befindlichen Sache, bald das Zudecken mit Stroh oder Brettern zum Schutz gegen Regen, Sonnengluth, Staub, Stoß oder Ungeziefer u. dgl. mehr. Jede hat auch ihren besonderen Anlaß, ihre besondere Voraussetzung und ihre eigenthümliche Zeit und Oertlichkeit, und somit ihre wirthschaftliche Selbstständigkeit, während sie alle einen einzigen Zweck verfolgen, einen gemeinsamen oder gemeinschaftlichen Zweck, den der Erhaltung der Sache in ihrem dermaligen wirthschaftlichen Zustande. Die gesammte hierzu erforderliche Sicherungsthätigkeit ist insofern theilbar oder zerlegbar, als jede der hierzu verbundenen Einzelhandlungen selbstständig ist, aber auch insofern, als der Besitzer die eine selbst, die andere durch einen Gehülfen, oder alle durch mehrere Gehülfen, die eine durch diesen, die andere durch jenen vornehmen kann.

Dies ist im Wesentlichen die Lage der Privatwirthschaft in Bezug auf die Erhaltung der körperlichen Vermögensgegenstände in ihrem dermaligen Zustande. Nun haben sich im Verkehre Geschäfte herausgebildet, deren Zweck die Erhaltung solcher Sachen durch einen andern als den dabei Interessirten ist. Der wirthschaftliche Anlaß hierzu ist die Verhinderung des Besitzers, sich während einer gewissen Zeit um die Erhaltung seiner Sache selbst zu bekümmern; er ist daher genöthigt, die Sorge um diese Erhaltung einem Andern aufzubürden, und diesen durch Vertrag zur Vornahme der erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu verpflichten. Die Verpflichtung kann dahin gehen, die Sache sowohl gegen innere, wie gegen äußere nachtheilige Einflüsse zu sichern, allein da die erstere Verpflichtung, wie oben gezeigt, regelmäßig einen erheblichen Aufwand von Arbeit, Mühe, Sorgfalt nnd Geldopfern bedingt, so werden sich in einem gewissen Verkehrskreise stets nur Wenige finden lassen, welche mit Beeinträchtigung ihrer eigenen Angelegenheiten und in unentgeltlicher Weise jene Geschäfte eines Andern führen wollen. Viel eher sind Leute zu finden, welche die Bewahrung

einer fremden Sache gegen äußere nachtheilige Einflüsse zu übernehmen geneigt sind. Der damit verbundene Aufwand von Mühe, Arbeit und Zeit ist regelmäßig unbedeutend, die Sache gelangt in dieselbe räumliche und wirthschaftliche Bewahrungssphäre, in welcher sich die zahlreichen eigenen Sachen des Bewahrers befinden, und die Bewahrungsmaßregeln für diese sind es zugleich für jene. „Es geht dies in Einem hin", besondere Opfer werden regelmäßig nicht gebracht. Besonders lästige Anforderungen pflegen im Leben auch nicht gestellt zu werden, denn einestheils verbietet dies der gewöhnliche Anstand, anderntheils hat der Angesprochene nicht immer die geeigneten Räume zur Aufbewahrung, und wieder anderntheils fehlt es dem Besitzer an dem gerechtfertigten Vertrauen in die Redlichkeit oder Sorgfalt derjenigen ihm bekannten Persönlichkeiten, die im Uebrigen in der Lage wären, der Sache einen Raum bei sich zu gewähren. Enger aber ist der Kreis derjenigen, die sich zur Uebernahme der Bewahrung bereit finden lassen. Viele Leute scheuen die Last, Mühe und Verantwortlichkeit, die mit der Aufhebung einer fremden Sache verbunden sind, und lehnen es grundsätzlich ab, um fremde Dinge sich zu bekümmern. [15])

Nur wenn ein besonderer Grund für die Erweisung einer Gefälligkeit vorliegt, wie etwa Verwandtschaft, Freundschaft, Kundschaft, Pflicht zur Dankbarkeit oder allgemeine Menschenpflicht in Fällen schweren Unglücks (Feuersnoth, schwere Krankheit), wird man sich zur Aufbewahrung fremder Sachen verstehen. Diese bloße **Aufbewahrung**, d. h. der Schutz oder die Bewahrung einer fremden Sache gegen äußere nachtheilige Einflüsse, bildet nun den Gegenstand eines besonderen Vertrags, des Hinterlegungsvertrags (depositum). Da die Erhaltung der Sache eine weitergehende, umfassendere und verantwortungsreichere Verpflichtung ist, so muß dieselbe, wenn beabsichtigt, besonders vereinbart werden, ausdrücklich oder stillschweigend, und im Zweifel darf nicht auf sie geschlossen, sondern es muß gegen sie interpretirt werden. [16])

[15]) Daher der weise Rath des Sprüchworts: „Hebe nicht auf, was Du nicht von Dir gelegt." Wenngleich unter diesem Aufheben zunächst nur das von der Erde-Aufheben verstanden werden soll, so ist in demselben doch die Mahnung enthalten, daß man in fremde Angelegenheiten sich nicht mischen soll. Dafür auch der Erfahrungssatz im Sprüchwort: „Wer sich bekümmert (d. h. um fremde Angelegenheiten), dem kommt Unglück." **Wander** a. a. O. S. 161, 308.

[16]) Was den Begriff der Verwahrung anlangt, so befindet sich die obige Darstellung in völliger Uebereinstimmung mit den Ansichten der Römischen Juristen. Depositum est, quod **custodiendum** alicui datum est, (l. 1 pr. dep. 16, 3) —

Diese Bewahrung der Sache als Abwendung äußerer nachtheiliger Einflüsse ist aber nicht das einzige charakteristische wirth-

totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei pertinet. Denn custodire und custodia im technischen Sinne hat nur die Bedeutung eines Schutzes gegen äußere Eingriffe, wie tueri, defendere, während conservare weiter geht und die Erhaltung einer Sache in unversehrtem Zustande (incolume conservare, incolumitas) überhaupt bedeutet. Nach Römischem Rechte geht auch die Verpflichtung des Depositars über die custodia nicht hinaus. Im Widerspruch damit steht jedenfalls nicht l. 1 § 12 dep., wo Ulpian für den Fall, daß ich Dir eine Sache gegeben habe mit dem Auftrage, sie dem Titius zur Aufbewahrung zu überbringen, und wenn dieser sie nicht annehme, Du selbst sie aufbewahren möchtest, und Titius die Sache nicht angenommen hat, — die Frage aufwirft: utrum depositi tantum an et mandati actio sit? Pomponius war zweifelhaft, Ulpian aber sagt: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem. Die Antwort des Juristen enthält meines Erachtens keine Spitzfindigkeit, sondern ist, wenigstens zum Theil, sehr begründet. Der Auftrag, die Sache dem Titius zu bringen und ihn um depositionsmäßige Annahme der Sache zu ersuchen, ist zweifelsohne ein Mandat. Die Ausführung dieses Mandats hat mit aller Sorgfalt zu geschehen, und es haftet dabei der Ersuchte für omnis culpa, und nicht bloß für culpa lata. Ebenso ist aber auch die Verbringung der von Titius nicht angenommenen Sache an den Wohnort und in die Wohnung des Ersuchten zum Zweck eigener Aufbewahrung daselbst Gegenstand des Mandats, und das Depositum beginnt nicht schon mit der Annahmeverweigerung des Titius, sondern erst mit der Niederlegung der Sache an dem in zweiter Linie in Aussicht genommenen Aufbewahrungsorte. Erwächst während der Verbringung der Sache zu Titius oder von da in die Wohnung des Ersuchten, oder im Fall dieser die Sache von vornherein in sein Haus aufgenommen, und bei Titius nur mündlich oder schriftlich angefragt hatte, in Folge leichten Versehens des Mandatars ein Schaden, oder verweigert derselbe die Rückgabe der Sache überhaupt, so kann gar nicht anders, als aus dem Mandate geklagt werden. Hat aber eine Rückverbringung der Sache in die Wohnung des Ersuchten bezw. an den bestimmungsmäßigen Aufbewahrungsort der Sache stattgefunden, so hört die Auftragsobligation auf und die Depositionsverbindlichkeit beginnt. Es ist nicht anzunehmen, daß Ulpian dies leugnen wollte, weil die Absicht des Auftraggebers von vornherein auf ein Depositum gerichtet war, primär auf ein solches bei Titius und eventuell auf ein solches beim Ersuchten. Wesentlich anders muß die Antwort lauten, wenn Jemand in Folge Auftrags eines Anderen für diesen und auf dessen Namen eine Sache von einem Dritten in Empfang genommen hat, und nun um fernere Bewahrung der Sache ersucht wird. Hier war von vornherein seine Verbindlichkeit zur Bewahrung Ausfluß eines Mandats, und er war daher zur Anwendung der höchsten Sorgfalt verpflichtet; wird er nun um Fortsetzung der bisherigen Bewahrung ersucht, so wird im Zweifel nur die Mandatspflicht zeitlich erstreckt und nicht ein Depositum geschlossen. Dies billigt denn auch Pomponius in l. 1. § 13 eod. mit der Motivirung, weil das Mandat der erste Kontrakt sei, womit jedoch nur das innere Moment, daß eine Willensänderung der Kontrahenten und der Abschluß eines wesentlich anderen Geschäfts im Zweifel nicht anzunehmen sei, gemeint sein kann.

schaftliche Moment des Hinterlegungsvertrags. Ein zweites liegt in der Oertlichkeit, an welcher die Sache bewahrt werden soll. Diese Oertlichkeit kann von den Vertragsabschließenden ausdrücklich oder stillschweigend mehr oder weniger genau bestimmt werden. Der Ort der Aufbewahrung an sich hat gar kein wirthschaftliches Interesse, er erhält ein solches nur durch die wirthschaftlichen Verhältnisse, welche an ihm in die Erscheinung treten, und somit hier lokalisirt sind. Indem die Sache an einem bestimmten Orte aufbewahrt werden soll, soll sie nach dem Willen der Vertragschließenden in die daselbst bestehenden wirthschaftlichen Verhältnisse eintreten und in denselben verbleiben. Man hat sich im Verkehrsleben daran gewöhnt, dies so auszudrücken, der betreffende Ort habe die und die wirthschaftlichen Eigenschaften, und sagt z. B., der betreffende Ort ist geschützt oder mehr oder weniger geschützt vor Regen, Schnee und Sturm, vor dem unbefugten Betreten Dritter u. s. w. Wenn nun die zu hinterlegende Sache an einem bestimmten Orte aufgehoben oder bewahrt werden soll, so wollen die Vertragsschließenden und geben es zu erkennen, daß die Sache nach Maßgabe der Eigenschaften dieses Orts bewahrt werden solle; der Hinterleger ist zufrieden mit dem Grade von Sicherheit, den dieser Ort gewährt, und der Verwahrer ist bereit, diesen Sicherheitsgrad aufrecht zu erhalten. Jener kann daher im Laufe der Verwahrungszeit eine Erhöhung der Sicherheit nicht verlangen, und dieser muß dafür besorgt sein, daß der Verwahrungsort während derselben Zeit nicht unsicherer werde. Hatte also beispielsweise der Hinterleger seine Zustimmung dazu gegeben, daß die zur Verwahrung übergebene Chaise in einem gegen Regen und Schnee nicht hinlänglich geschützten bestimmten Schuppen aufbewahrt werde, so kann er, wenn er nachträglich eine Beschädigung der Chaise in Folge jenes Mangels befürchtet, die Verbringung derselben in die vollständig geschützte Remise des Verwahrers oder eine Ausbesserung des Dachs, der Oeffnungen oder der Wände des Schuppens nicht verlangen, er wird sich vielmehr dazu verstehen müssen, sein Depositum zurückzunehmen. Wenn aber im Laufe der Verwahrungszeit das Dach des Schuppens defekt wird, und Regen und Schnee zuläßt, so muß der Verwahrer entweder das Dach repariren oder die Chaise in die besser geschützte Remise verbringen. Ist dagegen der Verwahrungsvertrag ohne ausdrückliche oder stillschweigende Bestimmung eines Verwahrungsorts geschlossen, so liegt kein Hinterlegungsvertrag vor, der Verwahrungsschuldner ist vielmehr, wie ein Mandatar,

berechtigt und verpflichtet, die Sache an einem dazu geeigneten Orte nach seiner Wahl aufzubewahren und kann mit demselben nach seinem sorgfältigen Ermessen wechseln.[17])

Ein drittes charakteristisches wirthschaftliches Moment des gewöhnlichen Hinterlegungsvertrags ist, daß der Verwahrer die hinterlegte Sache mit derselben Sorgfalt zu bewahren hat, mit welcher er auch seine eigenen Sachen aufzubewahren pflegt. Denn thatsächlich wird die fremde Sache in dieselben Räume gebracht, in welchen der Empfänger seine eigene Sachen aufhebt, und die Sorge um die Sicherheit seiner eigenen Sachen erstreckt sich gleichzeitig auch auf die hinterlegte, so daß das vom Empfänger im Interesse des Hinterlegers zu bringende Opfer an Zeit, Mühe und Verantwortlichkeit kein erhebliches zu sein pflegt. Ein ehrenhafter Hinterleger fordert, falls nicht besondere Gefahrverhältnisse vorliegen, von seinem Freunde oder Kunden keine höhere Sorgfalt, als dieser seinen eigenen Vermögensangelegenheiten widmet, und ein anständiger und ehrenhafter Empfänger wird, falls nicht eine getrennte und gefahrvollere Bewahrung der Sache nothwendig werden sollte, dieselbe Sorgfalt und nicht eine geringere anwenden. Um dies recht voll zu begreifen, versetze man sich nur einmal in die Lage eines Hinterlegers oder

[17]) Die Meinung Derer, welche das charakteristische Moment des Hinterlegungsvertrags lediglich in der Verwahrung erblicken, und von einer bestimmten, den Umfang der Verwahrungspflicht einschränkenden Oertlichkeit absehen, widerspricht der Auffassung des Lebens geradeso, wie die Ansicht, daß das Depositum überhaupt nicht zur Verwahrung verbinde, sondern nur zur Gewährung eines Raums zu dem Ende, daß die Sache bewahrt sei. Windscheid, Bd. II. § 377 Anm. 1. Es giebt zweifelsohne derartige Geschäfte, allein sie enthalten im Wesentlichen doch nur eine Platzleihe. Denn wer einem Andern einen abgeschlossenen Kellerraum zur Niederlegung von Wein in Fässern überläßt, und ihm behufs eigener Verwahrung und Behandlung des Weins die Schlüssel zu diesem Kellerabtheil einhändigt, der verleiht ihm nur diesen Raum; er gewährt ihm diese Räume zu dem Ende, daß der Wein bewahrt sei, er empfängt aber kein Depositum. Sollte jedoch mit jener Auffassung gemeint sein, daß der Depositar verpflichtet sei, während der ganzen Dauer der Hinterlegungszeit einen aufbewahrungsfähigen Raum zu gewähren, so ist damit doch ausgesprochen, daß der Depositar zur Aufbewahrung verpflichtet sei. Wäre in der That lediglich die Gestellung eines aufbewahrungsfähigen Raums Gegenstand des Depositums, so könnte die Verbindlichkeit des Depositars niemals auf Rückgabe der hinterlegten Sache, sondern nur darauf gehen, daß der Depositar der Rücknahme der Sache kein Hinderniß in den Weg lege, und der Hinterlegungsvertrag würde nicht erst mit der Niederlegung der Sache im bewahrungsfähigen Raum, sondern schon mit dessen Gestellung oder Einräumung geschlossen, was schließlich doch Niemand behaupten will.

Empfängers. Gesetzt, ich wollte mein Silbergeschirr bei einem Freunde deponiren, und würde ihm sagen: „Ich weiß, daß Du es mit der Obhut Deiner Sachen ein wenig leicht nimmst, und muß Dich daher bitten, die höchste Sorgfalt anzuwenden, so daß Du mir für omnis culpa einzustehen hast.“ Der Freund würde mir mit Recht den Rücken kehren und mich stehen lassen. Oder umgekehrt, ich würde dem Freunde sagen: „Ich weiß, daß ich Dir mit der Verwahrung des Silbergeschirrs sehr lästig falle, und verzichte daher auf Anwendung derselben Sorgfalt, welche Du Deinen eigenen Angelegenheiten zu widmen pflegst, Du kannst vielmehr meine Sache als Bagatelle behandeln.“ Der Freund würde hierüber gewiß verletzt sein und zur Antwort geben, daß er die Sache wie seine eigenen schützen und bewahren werde. Selbstverständlich darf der Mangel an Sorgfalt nicht in culpa lata ausarten. Wohl können Verhältnisse eintreten, die es beiden Contrahenten als wünschenswerth erscheinen lassen, daß der Verwahrer die höchste Sorgfalt anwende oder nur grobe Fahrlässigkeit vermeide und sie können daher, ohne daß damit das Wesen des Hinterlegungsvertrags verletzt wird, ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, daß der Verwahrer ohne Rücksicht auf das Maß der in eigenen Angelegenheiten geübten Sorgfalt für omnis culpa oder nur für culpa lata einstehen solle. Fälle derartiger stillschweigender Verabredungen kommen im Leben öfter vor. Wenn die den Markt besuchende Bauersfrau in einem offenen Laden mit Bewilligung des Geschäftsinhabers ihren Korb niedersetzt und jenen bittet, er möge doch auf den Korb „ein bischen“ acht geben, so beabsichtigt sie nicht, den Geschäftsinhaber zur Anwendung der höchsten oder auch nur zu der von ihm in eigenen Angelegenheiten angewendeten Sorgfalt zu verpflichten, sie sieht vielmehr und weiß es, daß derselbe mit der Bedienung des zahlreichen Publikums vollauf beschäftigt ist, daß er seine ganze Aufmerksamkeit seinen Geschäften zuwenden, auch öfter ab- und zugehen muß, und sonach nur selten einmal im Stande sein wird, seine Augen auf den Korb zu lenken, um zu prüfen, ob er noch vorhanden ist. Es haftet daher der Empfänger für den Fall des Abhandenkommens des Korbes im Gedränge des Publikums nicht, selbst wenn man ihm nachweisen würde, daß er alle seine eigenen Waaren hinter die das Publikum abhaltenden Ladentische geborgen habe.[18])

[18]) Der Entwurf läßt den Verwahrer prinzipiell für die geringste Fahrlässigkeit haften. Er motivirt diese Abweichung vom Römischen, Deutschen und fast dem ganzen modernen Recht einestheils mit der Schwierigkeit der Unter-

Erzeugt nach den vorstehend dargestellten drei charakteristischen wirthschaftlichen Momenten der Hinterlegungsvertrag eine durch eine gewisse Oertlichkeit und ein geringeres Maß von Sorgfalt beschränkte Aufbewahrungspflicht, so enthält die zweite wesentliche Verpflichtung des Hinterlegungsvertrags, nämlich die der Rückgabe der hinterlegungsweise empfangenen Sache, ein höchst charakteristisches wirthschaftliches Moment, wodurch sie sich von anderen Verpflichtungen zur Rückgabe einer empfangenen Sache wesentlich unterscheidet. Unterwirft man den Hinterlegungsverkehr einer sorgfältigen Prüfung, so wird man finden, daß die Hinterlegung ein Akt eines besonders großen Vertrauens ist, welches der Uebergeber dem Empfänger entgegenbringt. Wie bereits im Eingang dieses Paragraphen angegeben, ist die Erhaltung eines körperlichen Vermögensgegenstandes in seinem dermaligen wirthschaftlichen Zustande eine der wesentlichsten Aufgaben der Privatwirthschaft, und unter diesem Zustande wird neben der Bewahrung desselben von äußeren nachtheiligen Einflüssen insbesondere auch dessen jederzeitige Gebrauchsmöglichkeit verstanden, eine Gebrauchsmöglichkeit, die dadurch gewährt wird, daß der Besitzer der Sache sie an einem solchen Orte aufbewahrt, wo er sie nach Bedürfniß sofort und, ohne Schwierigkeiten und Hindernisse überwinden zu müssen, greifen und gebrauchen kann. Wenn er nun in die Lage kommt, während einer gewissen Zeit seine Sachen nicht selbst bewahren zu können, und dadurch genöthigt ist, ihre Aufbewahrung an einem bestimmten andern Orte einem Freunde anzuvertrauen, so will er damit nicht zugleich den wirthschaftlichen Zustand ihrer Greifbarkeit aufgeben, sondern er will nur den Ort ihrer Aufbewahrung wechseln, sie aber

---

scheidung des Depositums vom Mandat, bei welch' letzterem der Bewahrer für omnis culpa zu haften hat, und anderntheils mit der dadurch erzielten Einfachheit des Gesetzbuchs und einer erheblichen Steigerung der Rechtssicherheit. Diese Gründe sind durchaus unzutreffend. Depositum und Bewahrungsmandat sind zwei ihrem Wesen nach ganz verschiedene Geschäfte, durch ein Eingehen auf ihre wirthschaftliche Natur wird man zur Erkenntniß dieser Verschiedenheit gelangen. Die wünschenswerthe Einfachheit eines Gesetzbuchs darf nicht mit einer Ungerechtigkeit überhaupt oder gar mit einer gefährlich wirkenden Ungerechtigkeit erkauft werden, und die erhoffte Rechtssicherheit schlägt in ihr gerades Gegentheil um. Denn wer mag bei der ohnehin bestehenden Abneigung zur Aufbewahrung fremder Sachen die Gefälligkeit so weit treiben, daß er sich eine Last aufbürdet, der er meistentheils gar nicht gewachsen ist. Wird der Entwurf in diesem Punkte praktisches Recht, so wird das Depositum, wenigstens im Kreise der sorgfältigen Hausväter, nach und nach ein unpraktisches Institut werden.

stets zu seiner Verfügung haben und demgemäß nach Wiedereintritt seiner eigenen Bewahrungsmöglichkeit sofort wieder an sich nehmen. Er ist nach wie vor ihr Besitzer und kann als solcher sie dem Depositar jederzeit abnehmen. Er ist in einer ganz anderen Lage wie sämmtliche übrigen Rückforderungsberechtigten, wie etwa der Verleiher einer Sache, denn dieser hat, indem er die Sache im Interesse des Entleihers zum Gebrauche hingegeben, den wirthschaftlichen Zustand der jederzeitigen Greifbarkeit der Sache sich nicht reservirt, sondern aufgehoben. Auch ist er in anderer Lage, wie der Aufbewahrungs-Auftraggeber, denn dadurch, daß dieser es in des Mandatars pflichtmäßiges Ermessen stellt, die Sache an einem ihm gutscheinenden Orte aufzubewahren, hat er ebenfalls den wirthschaftlichen Zustand der jederzeitigen Greifbarkeit der Sache zerrissen. Nun steht aber der vom Hinterleger gewollten jederzeitigen Greifbarkeit der Sache der Umstand entgegen, daß er sie behufs Bewahrung durch einen Andern diesem übergeben, somit demselben thatsächlich einen Einfluß auch auf die Greifbarkeit der Sache einräumen mußte. Allein zu letzterem soll der Empfänger unter keinen Umständen berechtigt sein, und ist es daher ein großes „Vertrauen", welches der Hinterleger in den Empfänger setzt, wenn er ihm seine Sache „anvertraut". Er „vertraut" dem letzteren, er erwartet und hofft nicht bloß, sondern er „verläßt" sich fest darauf, daß er ihm die hinterlegte Sache auf Anfordern sofort zurückgebe, und dieses Vertrauen darf nicht getäuscht werden. Eine Folge hiervon ist, daß der Empfänger wegen aller seiner Ansprüche an die hinterlegte Sache oder wegen seiner aus dem Vertrage und der Verwahrung entstandenen Gegenansprüche die Sache nicht zurückbehalten darf, sondern dieserhalb den Weg der Klage beschreiten muß.[19])

[19]) Auch in dieser Beziehung weicht der Entwurf vom Römischen Rechte ab, indem er seinen weitgehenden Bestimmungen über das Zurückbehaltungsrecht (§§ 233—236) auch den Hinterlegungsvertrag unterwirft. Die Motive verneinen ein Bedürfniß nach einer Ausnahmestellung dieses Vertrags. Wie indessen oben dargethan, besteht für den Hinterlegungsverkehr allerdings ein sehr erhebliches wirthschaftliches Bedürfniß nach einer prompten Rückgabe der hinterlegten Sache, und jedenfalls besteht für den Gesetzgeber das Bedürfniß, den festgewurzelten und unauslöschlichen Rechtsanschauungen seines Volkes über Vertrauen und Treue gerecht zu werden. Denn daß die Anschauung von einer ganz besonderen Heiligkeit der Verpflichtung zur Rückgabe der durch Hinterlegung anvertrauten Sache in Fleisch und Blut unseres Volkes übergegangen ist, kann im Ernste doch nicht bezweifelt werden. In den deutschen Rechten wird daher die Hinterlegung als

2. Die wirthschaftliche Natur der Hinterlegung bei Mehreren. — Die Fälle der Hinterlegung eines Werthgegenstandes bei mehreren Personen kommen im Handelsverkehr häufig, im gewöhnlichen wirthschaftlichen Verkehre dagegen nur selten vor. Denn zu der allgemeinen Abneigung, sich um fremde Angelegenheiten mit eigener Verantwortlichkeit zu bekümmern, tritt noch die besondere, wegen Bewahrung der hinterlegten Sache mit einem Andern in eine lästige Gemeinschaft zu treten, und möglicherweise für dessen schuldvolles Thun oder Unterlassen eine Verantwortlichkeit zu übernehmen, wie denn auch die Verwahrung einer Sache durch Mehrere stets eine gewisse Gemeinschaftlichkeit des Verwahrungsorts und ein gewisses Maß von häuslichen oder geschäftlichen Beziehungen der Mehreren zu diesem Orte voraussetzt, was verhältnißmäßig nicht häufig zu finden ist. Eine solche Hinterlegung wird daher meistens nur bei Leuten vorkommen, die dieselben Räumlichkeiten bewohnen oder sonst benutzen, und sich gegenseitig ein gewisses Maß von Vertrauen schenken, wie Ehegatten, Eltern und Kinder, Geschwister, Mitpächter und die Theilhaber eines Gewerbes und dergleichen mehr.

Um zur Erkenntniß der wirthschaftlichen Natur des vom Besitzer einer Sache mit mehreren Personen geschlossenen Hinterlegungsvertrags zu gelangen, muß man sich zunächst über die wirthschaftlichen Gründe klar werden, aus welchen der Besitzer seine Sache, statt sie nur bei einer Person zu hinterlegen, mehreren zur Aufbewahrung übergiebt. Es handelt sich hier selbstverständlich nicht um individuelle, willkürliche und werthlose Motive, sondern um wirthschaftliche Interessen von allgemeiner Verkehrsbedeutung, die durch die Hinterlegung bei einer Mehrheit von Personen gefördert oder befriedigt werden sollen. Diese Interessen liegen theils auf der Seite des Hinterlegers, theils auf der der Verwahrer. Betrachtet man zunächst die Interessen des Hinterlegers überhaupt, so findet man zwar, daß dieselben durch die Hinterlegung beim Einzelverwahrer mitunter mehr und besser gewahrt sind, als bei einer Mehrheit von Verwahrern, da erfahrungsmäßig bei einer solchen Mehrheit jeder Einzelne sich gerne auf den andern verläßt und sonach jeder leicht nachlässig wird und seine Pflicht versäumt, und bei einem durch Nachlässigkeit des

ein „Hinterlegen und hinter sich annehmen zu treuen Handen" bezeichnet (z. B. Solmser Landrecht, Thl. II Tit. 8), und daraus die Unzulässigkeit der Retention gefolgert.

einen oder andern eingetretenen Schaden jeder die Verantwortlichkeit ablehnt, die Schuld auf den andern schiebt und dadurch den Hinterleger zur Führung schwieriger Beweise nöthigt, während den Einzelverwahrer das Bewußtsein der alleinigen Verantwortlichkeit zur strikten Pflichterfüllung anzuspornen pflegt, allein im großen Ganzen sind doch die Interessen des Hinterlegers bei der Verwahrung seiner Sache durch eine Mehrheit von Personen besser gewahrt. Vier Augen sehen mehr, wie zwei[20]); wenn mehrere Wächter vorhanden sind, so kann einer auch einmal schlafen, die andern wachen für ihn; wenn der eine Schuldner seine Geschäfte auswärts besorgt, kann der andere seiner Bewahrungspflicht zu Hause obliegen, jeder ermuntert und kontrolirt den Andern, der eine handelt in seinen eigenen Angelegenheiten sorgfältiger, wie der andere u. s. w., kurz die Bewahrung durch Mehrere, die auf denselben Zweck gerichtete, mit einander verbundene Thätigkeit Mehrerer gewährt eine größere wirthschaftliche Sicherheit der Sache als die durch einen Schuldner allein. Geht fernerhin durch die Schuld des Einzelbewahrers die Sache zu Grunde und ist derselbe nicht ersatzfähig, so erleidet der Hinterleger einen unwiederbringlichen Verlust, während im Fall einer Mehrheit von ersatzpflichtigen Schuldnern einer oder der andere immerhin zahlungsfähig sein wird. Stirbt der Einzelschuldner, so kommt der Hinterleger mit den Erben leicht in Differenzen und muß Prozesse führen, während beim Tode eines der mehreren Verwahrer die andern die Rückgabe der Sache unschwer bewirken können. Es liegt daher im Interesse des Besitzers einer, namentlich werthvollen Sache oder erheblichen Geldsumme, sie nicht bei einer Person allein, sondern bei einer Mehrheit von Personen zu hinterlegen. Andrerseits liegt es aber auch im Interesse des Verwahrers, noch einen Mitverwahrer zu haben, mit dem er die Last und Verantwortlichkeit der Verwahrung theilen kann. Denn wenn er auch noch so sehr das Bestreben haben wird, die ihm anvertraute Sache so sorgfältig, wie er in seinen eigenen Angelegenheiten zu handeln pflegt, aufzubewahren, so muß er doch immerhin fürchten, daß er seiner Aufgabe nicht völlig gewachsen sei, daß er hie und da seine ganze Aufmerksamkeit der hinterlegten Sache nicht widmen könne und daß er sich im Drang seiner eigenen Geschäfte oder im Zustand der Müdigkeit eines die Sache

[20]) Dieses Sprüchwort kehrt bei vielen Nationen wieder. Wander, a. a. O. Seite 176.

und damit sich selbst schädigenden Versehens schuldig machen werde. Er will sich daher einen Genossen zugesellen, der ihn unterstützt und zeitweise vertritt, der mit ihm zusammenwirkt, und mit dem er beräth, was im einzelnen Fall zu thun sei, und der zudem dasselbe Verantwortlichkeitsinteresse hat, wie er selbst. So sehen wir, daß die Hinterlegung einer Sache bei mehreren Personen ein wirthschaftliches Gebilde von erheblichem Interesse für den Hinterleger und für die mehreren Verwahrer zugleich ist.

Hieran reiht sich nun die Frage nach den wirthschaftlichen Vorgängen, welche bei der Hinterlegung, Verwahrung und Rückgabe der Sache stattfinden. Man könnte bei der unzweifelhaften Thatsache, daß nach der Absicht aller Vertragsschließenden jeder Verwahrer zur sorgfältigen Verwahrung und schließlichen Rückgabe der Sache verpflichtet sein soll, zur Annahme geneigt sein, jeder Verwahrer empfange die hinterlegte Sache nur für sich, verwahre sie nur für sich und gebe sie schließlich auch nur für sich zurück. Darnach würde die Obligation eines jeden Schuldners eine durchaus selbstständige, von der jedes anderen Schuldners unabhängige, eine mit dieser konkurrirende, parallel laufende sein und ein Zusammenhang aller fände nur insoweit statt, als mit der ordentlichen Verwahrung und Rückgabe der Sache durch einen Schuldner die Obligation der anderen ebenso gegenstandslos würde, wie die Schuld eines Einzelschuldners, welche von einem Dritten, am Schuldverhältniß ganz Unbetheiligten, durch Zahlung getilgt wird. Eine solche Auffassung widerspricht indessen dem Leben. Zwar giebt es ähnliche Verwahrungsgebilde, so wenn ich bei A eine gewisse Quantität Stroh zur Aufbewahrung in seiner Scheuer hinterlegt, und behufs größerer Sicherheit den Nachbar B ersucht habe, darüber zu wachen, daß das Stroh weder gestohlen, noch von Feuer bedroht werde, und erforderlichen Falls die geeigneten Schutzmaßregeln zu treffen, allein der mit B geschlossene Vertrag ist doch kein Hinterlegungsvertrag. Jener angeblichen Selbstständigkeit der Einzelobligationen steht schon die Thatsache entgegen, daß die zu hinterlegende Sache nicht an einen der mehreren Verwahrer allein, auch nicht jedem derselben als Ganzes oder nach einem ideellen Theile übergeben wird, sondern allen zusammen gemeinschaftlich; sie wird nicht einer bloßen Mehrheit (einer arithmetischen Mehrheit), sondern einer Gemeinschaft (einer wirthschaftlichen Gemeinschaft) von Personen übergeben. Der wirthschaftliche Zweck der Uebergabe der Sache an die Mehrheit von Personen ist der, sie alle in den thatsächlichen Stand

zu setzen, die Sache zu bewahren. Diese thatsächliche Zustandsetzung kann dadurch geschehen, daß der Hinterleger die Sache, insoweit dies physisch überhaupt möglich ist, in die vereinigten Hände der mehreren Empfänger legt, und es diesen von da an überläßt, sie in einer ihnen gut scheinenden Weise nach dem bestimmten nahe gelegenen Aufbewahrungsort zu verbringen. Wirthschaftlich ausführbar ist dies beispielsweise dann, wenn die Sache einen größeren körperlichen Umfang hat, so wenn ein Oekonomiewagen oder längere Holzbalken übergeben werden sollen, und der eine Empfänger diese Gegenstände vorn, der andere hinten und wieder ein anderer sie in der Mitte anfaßt, packt oder trägt. Sollen kleinere oder weniger schwere Gegenstände übergeben werden, so bedarf es nach dem bekannten Verkehrsgrundsatz, wonach Art und Umfang einer physischen Ausführungshandlung sich nach ihrem wirthschaftlichen Zwecke richtet, eines solchen umständlichen und kräftevergeudenden Apparats nicht, und es genügt, daß auch nur einer der Empfänger sie physisch in Empfang nimmt mit der allseitigen Absicht, daß dieser die Sache für sich und seine Genossen in Empfang nehme. Mit dieser ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht ist aber eine Empfangsgemeinschaft begründet, und zwar nicht blos gegenüber dem Hinterleger, sondern auch unter den Bewahrungsgenossen selbst. Würde einer von ihnen zu den andern das Vertrauen nicht haben, daß diese die Sache an den Bewahrungsort verbrächten, und würden auch diese von gleichem Mißtrauen gegen ihn beseelt sein, so käme der Vertrag überhaupt nicht zu Stande. Schenken sie sich aber gegenseitig dieses Vertrauen und kommt der Vertrag zu Stande, so ist die Empfangsgemeinschaft vollkommen hergestellt. Mit dem Akte des Empfangs der Sache durch die Gemeinschaft der Verwahrungspflichtigen ist das Interesse des Hinterlegers für's Erste gewahrt; in welcher Weise dieselben die Sache nun nach dem Bewahrungsorte verbringen, ist für ihn gleichgültig; die Art der Ausführung dieses Verbringens hat er, falls Spezialbestimmungen in seinem Interesse nicht getroffen worden sind, lediglich ihrem Ermessen überlassen. Anders ist die Lage der Empfangs- und Verwahrungsgenossen. Für sie setzt sich die Empfangsgemeinschaft fort, und jeder von ihnen ist den andern gegenüber berechtigt und verpflichtet, Alles zu thun, was zur Verbringung der Sache an den Aufbewahrungsort erforderlich ist, und Alles zu unterlassen, was dieser Verbringung hinderlich ist. Hat insbesondere einer von ihnen allein die Sache physisch empfangen, so kann er sie auch

allein an den Verwahrungsort verbringen; würde er damit zögern, so können die andern, falls er ihre Verbringung ausdrücklich oder stillschweigend übernommen haben sollte, die Ausführung durch ihn allein verlangen, falls nicht, die Herausgabe zum Zweck dieser Verbringung durch sie selbst fordern. Alle diese Berechtigungen und Verpflichtungen, an welchen doch Niemand zweifeln wird, würden nicht bestehen, wenn wir es nicht mit einer Empfangsgemeinschaft, sondern nur mit einer blos arithmetischen Mehrzahl von Empfängern und mit selbstständigen Obligationen der einzelnen Hinterlegungsschuldner zu thun hätten.

Ist nun die hinterlegte Sache an ihren Bestimmungsort verbracht, so beginnt für die Empfänger die eigentliche Aufbewahrungsthätigkeit. Diese ihre Thätigkeit ist sowohl gegenüber dem Hinterleger, wie unter sich eine gemeinschaftliche. Dem Hinterleger steht nicht eine bloße Mehrheit von bewahrungspflichtigen Personen, sondern eine Bewahrungsgemeinschaft gegenüber. Und ebenso besteht zwischen den Verwahrern eine Bewahrungsgemeinschaft mit Rechten und Pflichten jedes einzelnen gegen die andern, deren wirthschaftlicher Zweck die Abwendung von äußeren nachtheiligen Einflüssen von der hinterlegten Sache ist. Beide Behauptungen sind zu begründen. Zunächst die erste. Indem der Hinterleger seine Sache Mehreren zur Bewahrung übergiebt, gedenkt er, wie wir bei der Darstellung des wirthschaftlichen Grundes der Hinterlegung bei Mehreren gesehen haben, seinen Zweck, die Bewahrung der Sache vor nachtheiligen äußeren Einflüssen, dadurch sicherer zu erreichen, daß er die geistigen und physischen Bewahrungskräfte mehrerer Personen vereinigt und verbindet, auf dasselbe Ziel richtet und zusammen und in einander wirken läßt. Dadurch wird der, der Kräfteentfaltung und Bewahrungsthätigkeit der Einzelnen gesteckte Zweck für Alle ein gemeinsamer oder gemeinschaftlicher. Er ist zwar für Alle ein objektiv gleicher, gleichgestalteter Zweck, allein er ist nicht blos dies, sondern er ist auch ein subjektiv gleicher Zweck. Ein solcher Unterschied findet sich auch in andern Lebensverhältnissen. Setzt z. B. Jemand eine Prämie für die Ersteigung eines hohen Berges aus, so haben alle Diejenigen, welche die Ersteigung unternehmen, einen objektiv gleichen Zweck, die Gewinnung der höchsten Spitze des Berges durch eigene Ersteigung, aber für jeden Ersteiger ist dieser Zweck ein durchaus selbstständiger, eigener, besonderer, und es sind so viele subjektiv einzelne Zwecke vorhanden, als Ersteigungs-Unternehmer. Wer die Spitze

gewinnt, hat seinen Zweck erreicht, und wer sie nicht gewinnt, hat seinen Zweck nicht erreicht. Hat aber der Auslobende einem Konsortium von Ersteigungslustigen eine Prämie dafür versprochen, daß von ihnen oder auch nur von einem von ihnen die Spitze des Berges gewonnen würde, so ist der objektiv gleiche Zweck zugleich ein subjektiv gleicher oder gemeinschaftlicher, und die Prämie ist Allen verdient, auch wenn nur einer die Spitze erreicht und die Andern auf halbem Wege umkehren. So ist auch bei der Hinterlegung der Sache bei Mehreren der vom Hinterleger und den sämmtlichen Bewahrern erstrebte Zweck ein objektiv und subjektiv gleicher oder gemeinschaftlicher. Aber nicht blos der Zweck, sondern auch das Mittel, die Bewahrungsthätigkeit der Genossen, ist dem Hinterleger gegenüber etwas Gemeinschaftliches. Nach der Absicht der Vertragschließenden sollen prinzipiell die Bewahrungsschuldner, um das Resultat einer erhöhten Sicherheit der Sache zu erreichen, ihre Thätigkeit vereinigen und verbinden. Damit wird aber, wie schon früher ausgeführt ist, keineswegs eine konstante, ununterbrochene physische Thätigkeit Aller gefordert, sondern Art, Zahl, Beschaffenheit und Umfang der zu fordernden Bewahrungshandlungen richtet sich ganz und gar nach der Art, Zahl, Beschaffenheit und Stärke der drohenden äußeren Einflüsse, so daß sich die Bewahrer längere Zeit absoluter Ruhe und Unthätigkeit hingeben können. Tritt aber die Nothwendigkeit einer besonderen Bewahrungsthätigkeit ein, so ist dieselbe für Alle eine objektiv und subjektiv gleiche, und prinzipiell müßten Alle sofort herbeieilen und Hand anlegen, um die ihnen Allen gemeinsam drohende Gefahr mit vereinten Kräften durch gemeinsame konkurrirende oder in einander eingreifende oder gegenseitig unterstützende geistige oder physische Thätigkeit zu beseitigen. Geschieht dies im Einzelfall, so ist an der Gemeinschaftlichkeit der Bewahrungsthätigkeit nicht zu zweifeln, denn augenscheinlich handelt hier jeder für sich und die andern zugleich, und er wahrt nicht nur sein eigenes, sondern auch das Interesse der Gemeinschaft und das eines jeden seiner Genossen. Aber auch dann, wenn nur einer der Genossen die Gefahr abwendet, thut er dies in den Augen des Hinterlegers für sich und die andern; eine zwecklose Mitthätigkeit der Andern kann nicht gefordert werden, denn nach dem oben erwähnten Verkehrsgrundsatze brauchen zur Erreichung eines wirthschaftlichen Zwecks nur diejenigen physischen Mittel angewendet zu werden, welche dazu erforderlich sind. Geht nun die Verbindlichkeit aller und jedes Einzelnen auf eine ihnen allen gemeinschaftliche

Thätigkeit, so liegt eine gemeinschaftliche Verbindlichkeit (communis obligatio[21]) vor.

Es ist nothwendig, an dieser Stelle auf den Gegensatz der Interessen des Hinterlegers einerseits und der Interessen der einzelnen Verwahrer andrerseits aufmerksam zu machen. Die ersteren wären vollauf dadurch gewahrt, daß eine Gemeinschaftlichkeit nicht blos für die nützlichen, den Zweck des Vertrags erstrebenden, sondern auch für die schädlichen Handlungen jedes einzelnen Schuldners bestünde, wenn also angenommen werden dürfte, daß auch die vertragswidrigen Handlungen oder Unterlassungen des einen zugleich solche der Gemeinschaft seien, und somit jeder Bewahrungsgenosse für das vertragswidrige Verhalten des einen oder anderen verantwortlich wäre. Betrachtet man den Hinterlegungsverkehr, so wird man denn auch finden, daß diese Annahme dem berechtigten Wunsch und Willen des Hinterlegers zu entsprechen pflegt. Denn, indem er seine Sachen allen zu gemeinsamer Bewahrung übergiebt und damit dem gemeinsamen Einfluß aller und der einzelnen überläßt, verliert er jegliche Kontrole über die Sache und die Thätigkeit aller und der einzelnen. Wie soll er, falls die Sache in Schaden gekommen ist, in Erfahrung bringen, wer sie beschädigt hat oder durch wessen Nachlässigkeit der nachtheilige äußere Einfluß herbeigeführt worden ist? Jeder wird Thäterschaft und Schuld auf den andern schieben. Soll er dieserhalb kostspielige, resultatlose Prozesse führen? Während es hiernach im Interesse des Hinterlegers liegt, die gemeinschaftliche Verwahrungsverbindlichkeit in eine voll einheitliche (oder Gesammt-) Verbindlichkeit zu verwandeln, verlangt das Interesse der Verwahrer eine scharfe Trennung der Handlungen der einzelnen. Wer mag ohne Noth oder dringenden Anlaß eine Verantwortlichkeit für die rechts- oder vertragswidrigen Handlungen oder Unterlassungen Dritter übernehmen? Es geht daraus hervor, daß bei den widerstreitenden Interessen der Vertragsschließenden, falls nicht anderweite Vereinbarungen stattgefunden haben oder eine eigene Schuld der andern Bewahrer konkurrirt, diese für die rechts- oder vertragswidrigen Handlungen oder Unterlassungen eines Genossen (Unterschlagung, absichtliche oder fahrlässige Beschädigung, Verzug u. s. w.) nicht zu haften haben.

Die zweite oben aufgestellte Behauptung, daß auch zwischen den Verwahrern selbst eine Bewahrungsgemeinschaft mit gegenseitigen

[21]) l. 34 § 1 de sol. (46 3).

Rechten und Pflichten bestehe, läßt sich in folgender Weise begründen. Man denke sich den Vorgang, wie er sich nach der Verbringung der hinterlegungsweise gemeinschaftlich empfangenen Sache an den bestimmten Aufbewahrungsort abspielen wird. Die Sache soll von Allen und jedem Einzelnen aufbewahrt werden. In vielen Fällen ist aber eine gleichzeitige und gleichartige Bewahrung der Sache durch alle Genossen physisch nicht einmal möglich, und in den meisten Fällen ist sie wirthschaftlich auch nicht geboten, es genügt vielmehr, daß je zu verschiedenen Zeiten der eine diese, der andere jene Handlung vornimmt, so daß sich die übrigen während der Thätigkeit des einen der Ruhe hingeben können. Eine solche Theilung der Arbeit kann ausdrücklich vereinbart werden, und dann geschieht dies mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, daß der zur alleinigen thätigen Bewahrung bestellte Genosse nicht blos die Last der Bewahrung zugleich für sich und die andern, sondern auch die Verantwortlichkeit für seine mangelhafte Geschäftsführung ihnen, den Genossen gegenüber tragen solle. Daß damit eine Verwahrungsgemeinschaft geschlossen wird, ist klar. Wird aber eine derartige Verabredung nicht ausdrücklich getroffen, überlassen vielmehr die andern Genossen die ihnen allen obliegende Bewahrung der Sache dem einen, so thun sie dies Angesichts der ihnen bewußten Verantwortlichkeit gegenüber dem Hinterleger doch sicherlich in der stillschweigend erklärten Absicht, daß der mit der ausschließlichen Bewahrung betraute Genosse ihnen jene Verantwortlichkeit abnehme. Daraus ergiebt sich ebenso unzweifelhaft eine Bewahrungsgemeinschaft. Noch mehr zeigt sich eine solche, wenn über die Art und Weise der Aufbewahrung eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Genossen entsteht. Der eine will das lückenhafte Dach, welches den die Sache verderbenden Regen einläßt, repariren, der andere will die Reparatur nicht dulden. Geht während dieses Streits die Sache zu Grunde, so wird zwar jeder Genosse dem Hinterleger schadensersatzpflichtig, allein wir werden doch geneigt sein, demjenigen, der auf die Reparatur ernstlich gedrungen hat, einen Regreßanspruch gegen den Verweigerer zu geben. Nicht deswegen, weil er etwa als Miteigenthümer oder Mitpächter gegen seinen Genossen einen Anspruch auf Mitwirkung bei der Reparatur hatte, — denn eine Gefahr für das gemeinschaftliche Eigenthum oder Pachtobjekt lag vielleicht gar nicht vor, — sondern deshalb, weil mit dem Abschluß des Hinterlegungsvertrags, wodurch sie alle dem Hinterleger gegenüber zur

gemeinschaftlichen Bewahrung sich verpflichtet haben, sie sich auch gegenseitig zur Mitwirkung bei der Bewahrung berechtigt und verpflichtet haben.

Soll nun schließlich nach beendigter Aufbewahrung die Sache dem anfordernden Hinterleger zurückgegeben werden, so erweist sich diese Rückgabepflicht ebenfalls als eine gemeinschaftliche, und zwar nicht blos als eine gemeinschaftliche gegenüber dem Hinterleger, sondern auch als eine solche unter den Verwahrern selbst. Zwar bedarf es zur nackten Zurückübergabe der verwahrten Sache einer Mitwirkung Aller keineswegs, es genügt die Erklärung eines Einzigen, daß die zum Wiederempfang bereit gestellte Sache hiermit zurück gegeben werde. Allein der Bereitstellung der Sache zur Rückgabe stehen mitunter erhebliche Hindernisse entgegen, die zunächst beseitigt werden müssen. Hierzu reicht die Thätigkeit des einzelnen Verwahrers nicht immer aus, und es wird ein Zusammenwirken aller nothwendig. Man nehme den Fall, ein in der gemeinschaftlichen Wohnung der Verwahrer hinterlegtes Silbergeschirr ist durch den Brand und Zusammensturz des Hauses derartig unter die Trümmer gerathen, daß es der physischen Kraft des einzelnen nicht möglich ist, es unter den schweren Steinen und Balken herauszuholen. Wäre die Verbindlichkeit jedes Verwahrers zur Rückgabe und Bereitstellung der Sache eine durchaus selbstständige', so könnte sich jeder auf die subjektive Unmöglichkeit der Zurückgabe berufen. Ist jedoch die Rückgabepflicht eine gemeinschaftliche, so haben die mehreren Verwahrer gemeinschaftlich Hand anzulegen und mit vereinten Kräften die Steine und Balken zu beseitigen, um die Bereitstellung des Silbergeschirrs behufs Rückgabe zu ermöglichen. Bezüglich dieser Rückgabepflicht besteht aber auch unter den Verwahrern eine Gemeinschaft, kraft deren jeder von dem andern dessen Mitwirkung verlangen kann. Denn indem sie sich dem Hinterleger gegenüber zur gemeinschaftlichen Rückgabe der Sache verpflichten, erklären sie doch auch unter sich', daß sie die Sache gemeinschaftlich bereitstellen und zurückgeben, also auch in dieser Hinsicht gemeinschaftlich handeln wollen.

Nach den vorstehenden Ausführungen dürfen wir mit Recht annehmen, daß der Abschluß eines Hinterlegungsvertrags mit mehreren Verwahrern eine gemeinschaftliche Schuld aller auf Bewahrung und Rückgabe der hinterlegten Sache erzeugt. Diese gemeinschaftliche Schuld wird gebildet aus dem gemeinschaftlichen Zwecke und der Verbindung mehrerer Einzelverpflichtungen zur Erreichung des gemeinschaft-

lichen Zwecks. Die von einem Einzelverpflichteten vorgenommenen, dem gemeinschaftlichen Zweck entsprechenden Handlungen gelten als gemeinschaftliche, als Handlungen aller, die diesem Zwecke nicht entsprechenden aber als ausschließlich eigene des Handelnden. Die Auffassung des Entwurfs ist eine völlig andere. Die Gemeinschaftlichkeit des obligationsmäßigen Zwecks und die Gemeinschaftlichkeit der obligationsmäßigen Handlungen sind ihm rechtlich irrelevante Erscheinungen, er fragt blos, ist die aus dem Hinterlegungsvertrag geschuldete Leistung im Einzelfall theilbar, oder ist sie untheilbar? Er hat bekanntlich eine Definition des Begriffs der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligation nicht gegeben, dies vielmehr der Rechtswissenschaft überlassen (Motive S. 172 a. E.). Es läßt sich annehmen, daß er die ganze erforderliche Bewahrungs- und Rückgabethätigkeit, sofern sie eine einzige Sache betrifft, als eine untheilbare Leistung, sofern sie aber zwei oder mehrere körperliche Sachen derselben oder verschiedener Art betrifft, als eine theilbare Leistung ansieht. Darnach wäre die Bewahrung und Rückgabe einer hinterlegten Summe von 100 Mark (in einzelnen Markstücken) eine theilbare Leistung und jeder der zwei Verwahrer hätte nur für 50 Mark zu sorgen und diese zurückzugeben. Ich habe schon früher angeführt, daß diese Auffassung der des Lebens widerspricht, allein ich möchte doch auch die Frage in Anregung bringen, wie sich die Vorgänge abspielen sollen, wenn jene Auffassung des Entwurfs richtig wäre. Vor Allem fragt es sich: will der Hinterleger blos eine Summe oder will er die sämmtlichen 100 Markstücke deponiren? Wenn letzteres der Absicht der Kontrahenten entspricht, so soll sich doch sicherlich die Bewahrungs- und Rückgabethätigkeit aller Verwahrer auf jedes einzelne Markstück richten, und wenn dies der Fall, so handeln letztere obligationswidrig, wenn jeder von ihnen 50 Stück an sich nimmt und diese in seinem Pulte verwahrt. Die Theilung dieser theilbaren Schuld ist daher nicht gestattet, sondern ausgeschlossen. Und wenn nicht 100, sondern 101 Markstücke hinterlegt sind, so wäre die Leistung von 100 theilbar, die Leistung des übrig gebliebenen Stücks untheilbar, denn dieses ist deponirt und nicht etwa zweimal fünfzig Pfennig. Besteht aber das Depositum aus einem 50-Markschein, einem 20-Markstück, einem 10-Markstück und verschiedenem Kleingeld im Gesammtwerthe von 20 Mark, so fragt es sich, bei welchem der mehreren Depositare ist jener Schein, bei welchem ist das übrige Geld hinterlegt, oder haben wir es auch hier mit theils theilbaren, theils untheilbaren Leistungen zu thun?

Ich glaube, man braucht die Konsequenzen nicht weiter zu treiben, um sich von der völligen Unrichtigkeit der vom Entwurf adoptirten Grundlage der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Leistung zu überzeugen.

2. Der Gebrauchsleihevertrag.

§ 5.

1. Die wirthschaftliche Natur der Gebrauchsleihe. — Ein großer Theil der menschlichen Bedürfnisse, die, um zu ihrer Befriedigung zu gelangen, überhaupt auf körperliche Sachen angewiesen sind, wird durch den bloßen Gebrauch derselben befriedigt. Dieser bloße Gebrauch, der unbeschadet des wirthschaftlichen Wesens der Sache stattfinden kann und im Gegensatz zu dem dieses Wesen vernichtenden Verbrauche einerseits und der Bearbeitung der Sache behufs Gewinnung von eigentlichen Produkten aus derselben andererseits steht, erweist sich als die Uebertragung einer der Sache innewohnenden, von der Natur selbst oder durch menschliche Arbeit ihr beigelegten nützlichen Eigenschaft auf das nach ihr verlangende wirthschaftliche Gütergebiet des Menschen. Jene Bedürfnisse sind zu einem Theile fortdauernde, stets vorhandene, und zum andern Theile solche, die nur von Zeit zu Zeit, in kürzeren oder längeren Zwischenräumen sich geltend machen, und darnach richtet sich denn auch die Eintrittszeit und die jedesmalige Dauer des Gebrauchs, so daß es in unsern wirthschaftlichen Verhältnissen einen fortdauernden oder beständigen, und einen mehr oder weniger oft veranlaßten und längere oder kürzere Zeit dauernden, oder einen häufigeren, selteneren, längeren oder kürzeren Gebrauch giebt. Auch sind die gegenwärtigen Bedürfnisse im Gegensatz zu den erst künftig sich geltend machenden, theils mehr oder weniger dringende, theils mehr oder weniger schwach auftretende, je nachdem sie eine sofortige oder baldige Befriedigung fordern, oder unbeschadet der in Frage stehenden wirthschaftlichen Interessen einen Aufschub ihrer Befriedigung auf eine gewisse weitere Zeit vertragen. Darnach ist denn auch der Gebrauch theils ein dringender, theils ein aufschiebbarer.

Zur Erhaltung der jederzeitigen Möglichkeit des Gebrauchs einer Sache und zum Gebrauche selbst ist vor Allem ein physisch-wirthschaftliches Verhältniß des Gebrauchers zur Sache erforderlich, welches ihn in den Stand setzt, die Sache selbst zu beherrschen und jeden Dritten von ihr auszuschließen; dies ist ihr Besitz. Sodann ist es aber auch

nothwendig, ihre Gebrauchsfähigkeit aufrecht zu erhalten, d. h. für die Erhaltung derjenigen Eigenschaft zu sorgen, welche zur Befriedigung seines Bedürfnisses auf den Gebraucher übertragen werden soll. Hier ist jedoch ein Unterschied zu machen zwischen der dauernden, d. h. der gegenwärtigen und zukünftigen Gebrauchsfähigkeit oder Brauchbarkeit und der nur vorübergehenden, d. h. der Brauchbarkeit für die Zeit und zum Zweck des Einzelgebrauchs. Werden für die Erhaltung der dauernden Brauchbarkeit einer Sache, für die sogenannte Unterhaltung, Verwendungen vorgenommen, so sagt man mit Recht, dieselben seien „auf die Sache gemacht," denn die Sache, ein an sich werthloser Körper, ist lediglich der dauernde Träger eines dauernden Gebrauchswerthes. Werden sie aber nur zu einem konkreten Gebrauche gemacht, nur um diesen zu ermöglichen oder zu erleichtern, so dienen sie im Wesentlichen nicht der Sache selbst, sondern nur der gebrauchenden Person, und man kann daher Sachverwendungen und Gebrauchsverwendungen unterscheiden. Ist ein Rad meiner Chaise zerbrochen und lasse ich dafür ein neues einsetzen, so ist dieses und das dafür ausgelegte Geld Sachverwendung; lasse ich aber für eine bevorstehende Fahrt die Federn schmieren, so ist das hierzu verwendete Fett und das für dessen Ankauf ausgegebene Geld lediglich Gebrauchsverwendung. Doch giebt es auch eine Kombination beider. Befinde ich mich mit meiner Chaise auf einer längeren Reise, zerbricht ein Rad und setze ich ein neues ein, so ist diese Verwendung augenscheinlich sowohl Sach- wie Gebrauchsverwendung. Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit den Fütterungskosten, die zur Erhaltung des Lebens und der Gebrauchsfähigkeit der Zugthiere verwendet werden. Werden sie auf der Reise gemacht, so dienen sie zwar sowohl der Sache, wie dem konkreten Gebrauche, allein nach der Vorstellung, die nun einmal im wirthschaftlichen Leben gang und gäbe ist, werden die auf der Reise verwendeten Fütterungskosten lediglich als Gebrauchsverwendungen angesehen, wohl aus dem Grunde, daß der wirkliche Gebrauch der Thiere, zumal bei angestrengterer Thätigkeit, eine größere Quantität Futters erfordert, und die Anschaffung desselben auswärts größere Kosten verursacht, als die zu Hause.

Zur Erhaltung der Gebrauchsmöglichkeit und Gebrauchsfähigkeit einer Sache ist aber nicht bloß ihr Besitz und ihre Unterhaltung, sondern auch ihre Bewahrung, d. h. die Abhaltung nachtheiliger äußerer Einflüsse, nothwendig. Das Nähere hierüber ist bei der Hinterlegung dargestellt (§ 4). Die Aufgabe desjenigen, der eine Sache gebrauchen

will, ist daher eine dreifache, er muß sie besitzen, unterhalten und bewahren.

Nun ist nicht Jedermann in der wirthschaftlichen Lage, diejenigen Sachen, die er zu seinem Gebrauche bedarf, sich käuflich oder in anderer Weise zu Eigenthum anzuschaffen. Es haben sich daher im Verkehre Geschäfte ausgebildet, welche die zeitweise Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache vom Eigenthumsbesitzer an einen Gebrauchsbedürftigen bezwecken. Das deutsche Volk bezeichnet diese Gebrauchsüberlassung im Allgemeinen mit dem Ausdruck Leihe, und begreift darunter im Besonderen dreierlei, das Darlehen oder die Hingabe eines Kapitals vertretbarer Sachen (Geld-, Fruchtdarlehen, Darleiher, Darlehnsempfänger), die Pacht und Miethe d. h. die leihweise Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache gegen Entgelt (in der Sprache der niederen Volksschichten immer noch mit Leihe und hiervon abgebeugten Ausdrücken bezeichnet, Zeitleihe im Gegensatz zur Erbleihe; in der Kunstsprache dagegen steht die Bezeichnung Leihe und Lehnen auf dem Aussterbeetat) und die sogenannte Gebrauchsleihe, d. h. die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung.

Das charakteristische Merkmal der Gebrauchsleihe ist ihre Unentgeltlichkeit; durch sie wird der Leihvertrag zum Gefälligkeitsvertrag. Mag sich der Verleiher mit der zeitweisen Entbehrung des eigenen Gebrauchs seiner Sache ein größeres oder geringeres Opfer oder gar keins auferlegen, mögen seine Beweggründe zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung lautere oder unlautere sein, mag er gern oder ungern verleihen und nur dem Zwang der Umstände nachgeben, immerhin erweist er dem Entleiher einen Gefallen, indem er ihm stets einen reinen Vortheil zuwendet. Und wenn er selbst mit der Entbehrung des eigenen Gebrauchs kein Opfer bringt, so schafft er sich doch dadurch eine wirthschaftlich ungünstige Lage, daß er mit der Hingabe der Sache in fremde Hände die Aufsicht über dieselbe verliert, und sie dem Diebstahl, der Unterschlagung, der Beschädigung und einem nachtheiligen bestimmungswidrigen Gebrauche aussetzt. Dieser Gefälligkeits- und Gefahrcharakter hat denn nach den Rechtsanschauungen unsres Volks die wichtige Folge, daß bei der Bestimmung des Maßes der aus der Gebrauchsleihe entstehenden Verbindlichkeiten der Verleiher nach Möglichkeit zu schonen, der Entleiher dagegen mit möglichster Strenge zu behandeln ist. Mit Recht hat daher der Entwurf, und zwar in Uebereinstimmung mit den meisten geltenden Rechten eine Reihe solcher Bestimmungen getroffen, wie insbesondere, daß der Verleiher wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen dem

Entleiher nur dann haftet, wenn ihm Vorsatz oder grobe Nachlässigkeit zur Last fällt (§ 550), daß er wegen eines zur Zeit der Schließung des Vertrags schon vorhandenen Mangels in seinem Rechte, oder eines Mangels der Sache, insbesondere wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft dem Entleiher nur dann haftet, wenn er jene Mängel beim Vertragsabschluß gekannt und dem Entleiher verschwiegen hat (§ 551), daß der Verleiher die Sache auch schon vor begonnenem oder beendetem Gebrauche zurückfordern kann, wenn eine Zeit verstrichen ist, während welcher der bezweckte Gebrauch von dem Entleiher hätte gemacht werden können (§ 555), daß er im Falle eines vertragswidrigen Gebrauchs oder einer durch Nachlässigkeit verschuldeten erheblichen Gefährdung der Sache, oder im Falle unvorhergesehenen eigenen Bedarfs, oder im Fall des Todes des Entleihers vom Vertrage zurücktreten kann (§ 557), und daß der Entleiher die Sache nicht anderweit verleihen darf (§ 552).

Die zum Wesen des Leihvertrags gehörende Gefälligkeit muß jedoch eine reine sein; hat der Verleiher selbst ein Interesse an dem Gebrauche der Sache durch einen Dritten, so liegt jedenfalls kein reiner Leihvertrag vor. Hat in diesem Falle der Gebrauch für den Gebraucher selbst gar kein Interesse, und dient dieser Gebrauch lediglich zur Befriedigung der Interessen des Hingebenden, so kann von einer spezifischen Gebrauchsleihe keine Rede sein, und es wird wohl je nach den Umständen eine unentgeltliche Dienstleistung seitens des Gebrauchers angenommen werden müssen. Haben aber beide Theile ein Interesse an der Hingabe und am Empfang der Sache, so kommt es darauf an, welches Interesse das vorzugsweise maßgebende für den Abschluß des Vertrags gewesen ist, so daß je nach den Umständen ein Hinterlegungsvertrag mit der Nebenverabredung des Gebrauchs während der erforderlichen Gebrauchszeit, oder ein Leihvertrag mit beschränkter Gebrauchszeit anzunehmen sein dürfte. In ersterem Falle würden im Ganzen die Grundsätze des Hinterlegungsvertrags, in letzterem die des Leihvertrags zur Anwendung zu kommen, und in ersterem der Verwahrer nur für die in eigener Angelegenheit aufgewendete, in letzterem der Entleiher für die höchste Sorgfalt einzustehen haben. Auch das Römische Recht läßt den Entleiher nur für dolus und culpa lata haften, wenn der Vertrag lediglich im Interesse des Verleihers geschlossen war.[22])

[22]) l. 5 § 10 Commod. (13. 6). Sintenis, Civilrecht. Bd. II. § 111. Anm. 16.

Durch den Leihvertrag erhält der Entleiher den Gebrauch der Sache während der bestimmungsmäßigen Gebrauchszeit und zu diesem Zweck den Besitz der Sache während derselben Zeit. Andrerseits ist er zur Unterhaltung und Bewahrung und schließlich zur Rückgabe der Sache verpflichtet. Die Darstellung dieses Vertrags im Entwurf ist im Ganzen richtig und zweckentsprechend, im Einzelnen aber dürften einige Ausstellungen gerechtfertigt sein. Der Entwurf geht in der Annahme, daß gewisse Bestimmungen, weil selbstverständlich oder von den Umständen des einzelnen Falls abhängig, in das Gesetz nicht aufzunehmen seien, meines Erachtens zu weit. So begnügt er sich beispielsweise mit der allgemeinen Bestimmung des „vertragsmäßigen Gebrauchs," der Verpflichtung, „die Sache nur vertragsmäßig zu gebrauchen," mit „dem bestimmten Zweck des Gebrauchs," ohne dem Richter Regeln dafür an die Hand zu geben, wie er Art und Umfang des Gebrauchs in dem Falle, daß eine vertragsmäßige (ausdrückliche oder stillschweigende) Normirung nicht stattgefunden hat, bestimmen soll. Der Richter wird in einem solchen Falle sehr leicht geneigt sein, sofort den § 556 anzuwenden, der dem Verleiher dann, wenn weder die Zeitdauer noch der Zweck des Gebrauchs bestimmt ist, den Verleiher berechtigt, die Sache zu jeder Zeit zurückzufordern. Dadurch aber werden Härten erzeugt. Meines Erachtens sollte das Gesetz ausdrücklich darauf hinweisen, daß wenn über die Art (Natur) und den Umfang des Gebrauchs nichts vereinbart sei, das vernünftige billige Ermessen auf Grund aller persönlichen und thatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls zu entscheiden habe. Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit der vom Entwurf nicht näher bestimmten vertragsmäßigen Gebrauchszeit, und es würde etwa statt des § 556 der Satz aufzunehmen sein: „Ist über die Zeit des Gebrauchs nichts vereinbart, so richtet sich dieselbe nach dem vereinbarten oder durch billiges Ermessen festzustellenden Inhalt des Gebrauchs und der für einen sorgfältigen Entleiher nothwendigen Gebrauchszeit." — Auch des Zuwachses, der Zubehörungen und der gezogenen Früchte, welche mit der geliehenen Sache zurückgegeben werden sollen, erwähnt der Entwurf nicht. Er betrachtet dies als selbstverständlich. Wäre es selbstverständlich, so bedürfte die Verpflichtung des Entleihers zur Rückgabe der Sache erst recht keiner Aufnahme im Gesetz, denn etwas Selbstverständlicheres läßt sich doch wohl kaum denken. Nun ist aber jene Frage gar nicht so zweifellos, und man kann jedenfalls den Satz nicht aufstellen, daß mit der Sache zugleich der Zuwachs,

die Zubehörungen, die gezogenen Früchte und der sonst gemachte Gewinn herausgegeben werden müsse. Die Motive meinen, daß bezüglich des letzteren eine allgemeine Regel nicht aufgestellt werden könnte, daß vielmehr die Umstände des einzelnen Falls bezw. die Auslegung des konkreten Vertrags zu entscheiden hätten. Dies ist ein sehr gefährliches Ersatzmittel, denn der Richter wird, wenn es lediglich in den Motiven erwähnt wird, sehr geneigt sein, es zu ignoriren und sich an die Bestimmung des § 554 zu halten, wonach der Entleiher nur verpflichtet ist, die Sache in demselben Zustande zurückzugeben, in welchem er sie empfangen hat. Zur Verhütung einer solch' leichteren Behandlung muß das Gesetz gewisse allgemeinere Gesichtspunkte aufstellen, und etwa unterscheiden, ob Zuwachs, Zubehör und Früchte schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden oder im Werden begriffen waren, oder erst später entstanden sind, ob sie durch wesentliche Arbeit des Entleihers oder ohne solche erzeugt worden sind, ob er das Zubehör nur für seinen Gebrauch oder mit der schenkerischen Absicht der dauernden Verbindung mit der Hauptsache angeschafft hat, ob die Früchte im Verhältniß zum Gebrauch eine hauptsächliche oder nur eine nebensächliche Bedeutung haben, und ob der mit der Sache gemachte Gewinn ein rechtmäßiger oder rechtswidriger war. Dies Alles läßt sich sehr wohl in eine kurze Regel bringen, jedenfalls aber bedarf es, falls man zu große Weitläufigkeit oder Unklarheit und Unvollständigkeit befürchtet, eines gesetzlichen Hinweises darauf, daß beim Mangel vertragsmäßiger (ausdrücklicher oder stillschweigender) Bestimmungen über den Umfang der Herausgabepflicht die Umstände des Einzelfalls maßgebend seien. — Auch soll meines Erachtens eine Bestimmung darüber getroffen werden, ob und in welchem Umfange der Entleiher zur Vornahme dringender Reparaturen bezw. von Verwendungen auf die Sache selbst — gegen Rückersatz — oder nur zu einer Anzeige ihrer Nothwendigkeit beim Verleiher verpflichtet sei, ob bei längerer Gebrauchszeit die vom Entleiher auf die Sache selbst gemachten Verwendungen nicht wenigstens zu einem verhältnißmäßigen Theile vom Entleiher zu tragen, ob kleinere auf die Sache selbst gemachte Verwendungen vom Verleiher zu vergüten seien, und welchen Einfluß das schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehende oder nachher erworbene Eigenthum des Entleihers auf den rechtlichen Bestand des Leihvertrags hat.

2. Die wirthschaftliche Natur der Gebrauchsleihe an Mehrere. — Der natürliche wirthschaftliche Grund der unentgeltlichen Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache an Mehrere liegt zunächst in einem gemeinschaftlichen Interesse der letzteren, welches sie an dem gemeinschaftlichen Gebrauche derselben haben. Wollen Mehrere dieselbe fremde Sache, jedoch in ausschließlich eigenem Interesse gebrauchen, so wird jeder von ihnen sie für eine gewisse Gebrauchszeit vom Besitzer erbitten, und jeder wird einen selbstständigen Vertrag mit diesem schließen. Solche selbstständige Verträge liegen auch dann vor, wenn mehrere Gebrauchsbedürftige zugleich beim Besitzer erscheinen, um Gebrauchsüberlassung bitten, und eine Verabredung dahin zu Stande kommt, daß die Sache abwechselnd, zu bestimmten Zeiten, zuerst von diesem, dann von jenem, und hiernach vom letzten gebraucht und von diesem oder einem bestimmten anderen zurückgegeben werde. Die wirthschaftlichen Vortheile, welche mit dem selbstständigen Einzelgebrauche verknüpft sind, und die wirthschaftlichen Nachtheile, die eine abwechselnde Benutzung der Gebraucher mit dem Wandern der Sache aus einer Hand in die andere erzeugt, sind augenscheinlich. Im Verkehre wird man sich daher nicht leicht dazu entschließen, zur Befriedigung selbstständiger Gebrauchsinteressen derartige Verträge einzugehen, und wo dennoch ein gemeinschaftlicher Vertragsabschluß stattfindet, wird man annehmen dürfen, daß es sich hierbei nicht um selbstständige oder getrennte, sondern um gemeinschaftliche Interessen der Entleiher handelt. Das gemeinschaftliche Interesse Mehrerer besteht zwar aus den Interessen der einzelnen, allein dieselben berühren sich nicht bloß äußerlich, sondern sind miteinander verbunden, mit einander verwachsen, sie durchdringen sich und stellen sich als ein wirthschaftlich einheitliches Interesse dar. Wenn der Miteigenthümer oder Mitpachter das gemeinschaftliche Grundstück pflügt und einsät, das darauf wachsende gemeinschaftliche Korn schneidet und in die gemeinsame Scheuer fährt, so wahrt und fördert er nicht bloß seine eigenen Interessen, sondern auch die seines Miteigenthümers oder Mitpachters, er befriedigt die gemeinschaftlichen Bedürfnisse und Interessen. Und wenn sie von ihrem Nachbar gemeinschaftlich einen Pflug oder einen Wagen zur Bearbeitung oder Beerntung ihres gemeinschaftlichen Grundstücks leihen, so thun sie dies zur Beförderung ihres gemeinschaftlichen Interesses und jeder leiht ihn für sich und seinen Genossen. Andererseits aber hat auch der Verleiher ein Interesse an dem Abschluß eines Leihvertrags mit mehreren in einer Gebrauchsgemein-

schaft stehenden Entleihern. Zwar hat er kein unmittelbares Interesse daran, daß und wie das gemeinschaftliche Interesse der Entleiher gefördert werde, — die Richtung des Gebrauchs in dieser Hinsicht überläßt er vielmehr dem Ermessen derselben, — allein er hat ein Interesse daran, daß die Sache erhalten, bewahrt und zurückgegeben werde, und daß dies mit vereinten Kräften, also gemeinschaftlich geschehe. Nach dem, was über die gemeinschaftliche Bewahrungs- und Rückgabepflicht bei der Hinterlegung an Mehrere gesagt worden ist, bedarf dies keiner näheren Ausführung.

Die wesentlichen Bestandtheile der gemeinschaftlichen Gebrauchsleihe sind hiernach: die Ueberlassung der Sache zu gemeinschaftlichem Besitz zum Zweck ihres gemeinschaftlichen Gebrauchs, und die gemeinschaftliche Pflicht zur Unterhaltung, Bewahrung und Rückgabe der Sache nach beendetem Gebrauche.

3. Der Darlehnsvertrag.

§ 6.

1. Die wirthschaftliche Natur des Darlehns. — Seiner wirthschaftlichen Natur nach ist das Darlehn ein zum Zweck des Gebrauchs gegebenes und empfangenes Kapital vertretbarer Sachen. Der Gebrauch besteht im Umsatz desselben gegen andere Vermögenswerthe. Wenn uns von juristischer Seite das Darlehn definirt wird als das Hingeben einer Quantität vertretbarer Sachen zu Eigenthum mit der Auflage an den Empfänger, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben, so wird uns in Wahrheit nur ein Knochengerüst, ohne Fleisch, Blut und Leben gegeben. Bei dieser rechtlichen Gleichgültigkeit des Zwecks der Hingabe und des Empfangs wäre die Hinterlegung einer Geldsumme mit der Verabredung des Eigenthumsübergangs und der Verpflichtung der Rückgabe derselben oder einer gleichen Menge gleicher Münzen kein Hinterlegungs- sondern ein Darlehnsvertrag. Wenn der Entwurf dieser Ansicht sich anschließt (§ 618), so befindet er sich, wie dies schon anderwärts nachgewiesen ist[23]), in einem entschiedenen Irrthum. Und wer zum Zweck eines sicheren Transports einer Geldsumme von einem Orte zum andern diese dem Banquier zu Eigenthum mit der Auflage übergiebt, daß er ihm dieselbe Summe oder eine gleiche Quantität an jenem andern Ort zurückgäbe, der wäre nicht etwa Auftraggeber, sondern Darlehns-

---

[23]) Dernburg, Pand. II § 93. — Reatz, Gutachten S. 542.

gläubiger, eine Rechtsanschauung, welche vom Leben zurückgewiesen wird. Wie bei allen andern Verträgen der vertragsmäßige Zweck es ist, der den eigenthümlichen Charakter derselben bestimmt, so ist es beim Darlehn der Zweck des Gebrauchs des Kapitals durch Umsatz desselben in andere Vermögenswerthe. Wie will man es beispielsweise sonst rechtfertigen, daß in Ermangelung einer vertragsmäßig bestimmten Rückzahlungszeit der Darlehnsschuldner das Empfangene erst nach einer gewissen Zeit, und nun gar, wie der Entwurf (§ 457) bestimmt, erst nach sechs Wochen nach geschehener Kündigung zurückzugeben braucht. Eine Vereinbarung freilich, in welch' spezieller Weise das geliehene Geld gebraucht werden solle, ist zum Begriff des Darlehns nicht nöthig; in der Regel wird der Darleiher in den Darlehnsempfänger das Vertrauen setzen, daß derselbe das Geld in nutzbarer Weise verwende. Hat er dieses Vertrauen nicht, so wird er als sorgfältiger Wirthschafter in der Regel ein Darlehn überhaupt nicht geben. Wird das Darlehn unverzinslich eingeräumt, so ist der Vertrag ein Gefälligkeitsvertrag; ist es verzinslich, so macht auch der Geber einen Gebrauch von seinem Kapitale, es arbeitet und erwirbt für ihn, allein der wesentlichere Vortheil ist nach den im Verkehre bestehenden Anschauungen doch stets auf Seiten des Darlehnsempfängers.

2. Die wirthschaftliche Natur des Darlehns an Mehrere. — Betrachtet man die wirthschaftlichen Anlässe, aus welchen mehrere Personen gemeinschaftlich bei einem Kapitalisten oder dem Inhaber eines gewissen Vorraths an disponiblem Gelde oder sonstigen vertretbaren Sachen erscheinen und um ein Darlehn bitten, so wird man regelmäßig ein ihnen allen gemeinsames oder gemeinschaftliches Interesse gewahr, welches mit der gegebenen und empfangenen Quantität befriedigt werden soll. Bald sind es die Interessen der ehelichen Vermögensgemeinschaft, bald die Interessen der Erhaltung eines gemeinschaftlichen Hauses in Bau und Besserung oder der Unterhaltung eines sonstigen gemeinschaftlichen Objekts, bald gemeinschaftliche Schulden, welche zur gemeinsamen Aufnahme eines Darlehns Anlaß geben. Stehen größere Geldsummen in Rede, so wird, wie beim Einzeldarlehn, der um das Darlehn Angegangene nach dem Zweck der Aufnahme und der Art der Verwendung fragen, um sich eine Ueberzeugung von der Solidität und Wirthschaftlichkeit der Schuld, und damit auch von der Sicherheit seiner Forderung zu verschaffen. Eine täuschende Antwort wird, wenn eine andere Ver-

wendungsart stattgefunden hat, und der Gläubiger dadurch benachtheiligt worden ist, als eine rechtswidrige angesehen und zur Bestrafung wegen Betrugs führen. In der Regel wird dem Gläubiger schon vor der Hingabe des Darlehns sogar die spezielle Art des gemeinsamen Interesses der Empfänger bekannt sein, häufig aber weiß er, daß das Darlehn zu einem gemeinsamen Zwecke überhaupt verwendet werden soll, und er fragt dann nicht nach der speziellen Art der Verwendung. So finden wir denn auch sehr häufig in den über das gemeinschaftlich empfangene Darlehn ausgestellten Schuldscheinen die Klausel „zur Beförderung unsres Nutzens" (nicht: „des Nutzens eines jeden von uns"), und der Darlehnsgeber erhält damit die Ueberzeugung, daß es sich bei dem Darlehn um ein gemeinschaftliches, nicht um selbstständige, getrennte und von einander unabhängige Interessen der Empfänger handelt. Dieselbe Ueberzeugung hat aber der Darleiher auch dann, und rufen die Bittenden auch dann hervor, wenn sie persönlich und gemeinschaftlich erscheinen und um ein Darlehn von 1000 ersuchen, ohne dabei irgendwie zu erwähnen oder sonst zu erkennen zu geben, daß sie diese Summe sofort nach ihrem gemeinschaftlichen Empfang unter sich reell theilen, und es jedem überlassen wollten, seinen Ratenantheil in beliebiger Weise zu verwenden. Sagen sie es freilich, dann wird mit jedem Einzelnen ein besonderer Darlehnsvertrag über diesen Ratentheil geschlossen, und es besteht abgesehen von der Empfangsgemeinschaft keine Darlehnsgemeinschaft. Allein um diesen Erfolg herbeizuführen, müssen sie nach den Rechtsanschauungen unsres Volks die Selbstständigkeit der einzelnen Darlehen sich ausbedingen. In diesem äußerst wichtigen Punkte stehen sich nun die Rechtsanschauungen des Deutschen Volkes und die des Römischen Rechts schroff gegenüber, und es erhebt sich für uns die folgenschwere Frage, welche von ihnen im neuen Gesetzbuche zur Herrschaft gelangen soll. Diese Frage soll hier nicht als allgemeine, auf alle Obligationsarten anwendbare, sondern der von uns eingeschlagenen Methode gemäß nur für das Darlehn und bei diesem auch nur in Bezug auf den Vertragsabschluß untersucht werden, so daß insbesondere auch die Frage, ob die mehreren Erben eines Darlehnsschuldners nur nach Verhältniß ihrer Erbtheile oder für das ganze Darlehn haften sollen, hier ununtersucht bleibt. Die Frage ist auch nicht die, ob durch Vereinbarung der Kontrahenten eine Selbstständigkeit mehrerer Darlehnsschulden oder eine Gemeinschaftlichkeit der ganzen Darlehnsschuld erzeugt werden kann, sondern nur die, ob beim gemeinschaft-

lichen Abschluß eines Darlehnsvertrags durch mehrere Empfänger im Zweifel d. h. im Falle mangelnder desfallsiger Vereinbarung, eine gemeinschaftliche Schuld oder eine Anzahl (Mehrheit) selbstständiger Ratenschulden angenommen werden soll.

Nach der Regel des Römischen Rechts, welche für alle Schuldverhältnisse gilt, mögen sie auf dem Gesetze, auf Verträgen oder einseitigen Rechtsgeschäften beruhen, tritt, sofern nicht durch Gesetz oder wenn auch nur stillschweigend, durch Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist, ipso jure Getheiltheit der Schuld ein. Diese Regel ist vom Oesterreich'schen, Französischen, Sächsischen und Schweizerischen Gesetzbuche, und von dem Hessischen, Bayerischen und Dresdener Entwurf angenommen. Nur das Preußische Landrecht hat, wenigstens für Verträge, die passive Correalität zur Regel erhoben. Unser Entwurf schließt sich den ersterwähnten Rechten an und hat das Prinzip der ipso jure Theilung der Schuld bei theilbarer Leistung strenge festgehalten. Die Motive gehen davon aus, daß die Regel der Getheiltheit als das natürliche Verhältniß erscheine, und es sich daher für den gemeinen Verkehr nicht rechtfertigen lasse, die strengere Haftung des Schuldners zu unterstellen. Dem entgegen könne die für die Bestimmung des Landrechts geltend gemachte Rücksicht auf den Gläubiger, in dessen Interesse die ungetheilte Beziehung der Forderung auf mehrere Schuldner liege, indem sie seine Sicherheit erhöhe, nicht in Betracht kommen, und es müsse den Gläubigern überlassen bleiben, sich eine solche Sicherheit durch Vereinbarung mit den Schuldern zu verschaffen. Die Annahme aber, daß eine derartige strenge Haftung des Schuldners im Zweifel von beiden Theilen gewollt sei, wäre in der Erfahrung nicht begründet (Mot. S. 153). Indem die Motive die Getheiltheit der Schuld als das natürliche Verhältniß ansehen, stellen sie einen Satz auf, der sich doch nicht schon von vornherein als eine absolute Wahrheit ergiebt. Er bedarf vielmehr, wie jeder Rechtssatz, einer rechtsphilosophischen Begründung und Rechtfertigung. Man pflegt sich die Sache in dieser Beziehung leicht zu machen, und jenes Räthsel, statt durch eine rechtsphilosophische, durch eine mathematische Behandlung zu lösen, indem man in der geschuldeten Summe lediglich eine Zahl, eine arithmetische Größe erblickt, die, wenn sie demnächst von mehreren Faktoren geschaffen werden soll, nothwendigerweise von jedem einzelnen Faktor zu einem Theile, und im Zweifel von jedem Faktor zu einem gleichen Theile ins Leben gerufen werden muß. Dabei legt man dem thatsächlichen Umstande, daß der Ent-

stehungsakt der Schuld doch in zeitlicher, örtlicher, sachlicher und persönlicher Beziehung ein für alle Schuldner gemeinschaftlicher ist, gar keinen rechtlich erheblichen Werth bei, und betrachtet diese Gemeinschaftlichkeit als eine rein zufällige, die eines inneren Zusammenhangs entbehre. Nun gewährt aber diese rein mathematische Behandlungsweise, die sich bloß mit arithmetischen Größen und geometrischen Körpern befaßt, dem Juristen auch nicht die geringste innere Befriedigung, und wir fragen immer und immer wieder nach dem eigentlichen Rechtsgrunde, warum denn eine solche Theilung in das Recht hineingetragen werden soll. Sind wir hierbei der Aufgabe des Rechts, die im Verkehrsleben sich geltend machenden Interessen zu reguliren, eingedenk, so gewinnen wir die Ueberzeugung, daß jene Frage nur dadurch gelöst werden kann, daß wir die Interessen der betheiligten Schuldner zum Ausgangspunkte nehmen. Und hier waltet der allerdings natürliche und elementare Satz, daß sich im Zweifel Jeder nur insoweit, aber auch insoweit verpflichten will und muß, als sein Interesse reicht. Dieser Satz, auf das Darlehn angewendet, führt zu dem weiteren Satze, daß jeder Schuldner insoweit, aber auch nur insoweit verpflichtet wird, als sein Interesse am Zustandekommen des Darlehnsvertrags mit allen Schuldnern reicht.

Wenn nun hier der gemeinrechtliche Satz einsetzt, daß im Zweifel jeder Darlehnsschuldner nur einen Theil und zwar einen gleichen Theil verschuldet, so läßt sich derselbe nur mit der Annahme innerlich rechtfertigen, daß im Zweifel die Interessen der einzelnen Schuldner am Zustandekommen des ganzen Darlehnsgeschäfts nicht etwa sich gegenseitig durchdringende und mit einander einheitlich verbundene und verwachsene, sondern getrennte, selbstständige und von einander unabhängige und überdies quantitativ gleich große seien. Für die Natürlichkeit dieser Annahme spricht allerdings der Umstand, daß überall da, wo in der Natur zur Erzielung einer Gesammtwirkung mehrere Kräfte mit einander verbunden sind, jede als selbstständige Kraft sich äußert, ferner daß, wenn eine Verschiedenheit der Größe jeder einzelnen nicht nachgewiesen werden kann, Gleichheit der Größe angenommen werden muß, und daß gleiche Kräfte unter gleichen Verhältnissen gleiche Wirkungen haben. Ueberträgt man diese physikalischen Grundsätze auf das Gebiet der Verkehrskräfte oder der Verkehrsinteressen, so gelangt man allerdings zu dem Grundsatze, daß überall da, wo bei einem Rechtsgeschäfte mehrere Interessen äußerlich verbunden sind, solche im Zweifel als selbstständige

und gleich große mit gleichen Wirkungen versehene erscheinen. Auf diese Weise kann der gemeinrechtliche Satz, daß im Zweifel jeder Darlehnsschuldner nur einen Theil und zwar einen gleichen Theil der gemeinschaftlich empfangenen Darlehnssumme verschulde, innerlich und in befriedigender Weise begründet und gerechtfertigt werden.

Nun ist aber jene Annahme, daß bei dem gemeinschaftlichen Abschluß eines Darlehnsgeschäfts die Interessen der einzelnen Schuldner im Zweifel getrennte und selbstständige seien, durchaus unrichtig. Gerade das Gegentheil, die Gemeinschaftlichkeit der Interessen, ist nach den Erfahrungen des Lebens richtig. Wenn Jemand 1 000 bedarf, um damit lediglich sein eigenes Bedürfniß zu decken, so sucht er sich einen Kapitalisten und verhandelt mit ihm allein. Höchstens bedient er sich der Hülfe eines mehr oder weniger verschwiegenen Maklers oder guten Freundes. Im Uebrigen aber will er die Aufnahme des Darlehns geheim halten. Wozu soll es ihm nützen, sich um einen gleichbedürftigen Genossen umzusehen und mit diesem gemeinschaftlich den Kapitalisten um ein Darlehn für sich und ein anderes für jenen zu ersuchen? Muß er nicht vielmehr befürchten, daß ihm bei solcher Konkurrenz die Darlehnsaufnahme erschwert werde? Jedenfalls sind derartige Fälle gemeinschaftlichen Erbittens von einzelnen Darlehen zu selbstständigen Zwecken äußerst selten. Und wenn zwei oder mehrere Geldbedürftige dennoch gemeinschaftlich erscheinen sollten, so bleibt es bei der wirklichen Absicht eines Jeden, je einen bestimmten Theil nur für sich zu erbitten, gewiß nicht aus, daß im Laufe der Verhandlungen, des Hin- und Hersprechens und des Motivirens und Entschuldigens seines Geldbedürfnisses der Gesichtspunkt der Einzeldarlehn unzweideutig in die Erscheinung tritt, und wenn dies der Fall, so bleibt es auch gewiß nicht aus, daß der Darleiher jedem einzelnen die von ihm begehrte oder etwa eine geringere Summe besonders, und nicht allen gemeinschaftlich eine durch Addition aller Einzelsummen sich ergebende Gesammtsumme einhändigt. Es bleibt aber auch schließlich nicht aus, daß sich der Darleiher von jedem einzelnen einen besonderen Schuldschein über den Empfang seines Darlehns ausstellen läßt, und wollte er selbst bei nicht gehöriger Prüfung der Sach- und Rechtslage die ganze Summe unabgetheilt den Entleihern zur Empfangnahme hinlegen und sie zur Unterschreibung eines gemeinschaftlichen Schuldbekenntnisses auffordern, so würden diese sofort und noch in seiner Gegenwart die Theilung eintreten lassen und jedenfalls die Aus-

stellung eines gemeinschaftlichen Schuldbekenntnisses beanstanden. Ganz anders spielen sich die Verhandlungen ab, wenn es sich um gemeinschaftliche Interessen handelt. Hier suchen alle Interessenten persönlich oder in Vertretung den Kapitalisten auf, und dieses gemeinschaftliche Auftreten und Erbitten einer einzigen Summe als Darlehn hat dann einen Sinn. Erfolgt die Hingabe der Darlehnssumme an alle gemeinschaftlich, und wird gar ein Schuldschein ausgestellt und unterzeichnet, wodurch „die Unterzeichneten bekennen, von Herrn X. ein Darlehn von 1 000 empfangen zu haben und versprechen, dasselbe mit 4 Prozent zu verzinsen und auf Anfordern jederzeit zurückzuzahlen", so spricht doch ganz unzweifelhaft die Vermuthung dafür, daß das gemeinschaftlich aufgenommene Geld auch in gemeinschaftlichem Interesse verwendet werden solle, und jedenfalls ist der Gläubiger zu einer solchen Annahme berechtigt. Im Zweifel erzeugt also der gemeinschaftliche Darlehnsabschluß für die Schuldner eine gemeinschaftliche Schuld, und zur Herstellung dieser ist eine besondere ausdrückliche oder stillschweigende Nebenverabredung nicht nöthig.

4. Der Kaufvertrag.

§ 7.

Seinem wirthschaftlichen Wesen nach ist der Kaufvertrag ein Mittel, um den Umsatz eines Werthgegenstandes gegen Geld aus einem Vermögen in ein anderes zu bewirken. Nach dem Rechte des Entwurfs (§ 459) wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer, wenn eine Sache Gegenstand des Kaufes ist, die verkaufte Sache zu übergeben und das Eigenthum an derselben zu verschaffen, wenn ein Recht Gegenstand des Kaufes ist, dieses Recht zu verschaffen und bei dem Verkaufe eines auf eine Sache sich beziehenden Rechtes, zu dessen Ausübung die Inhabung der Sache erforderlich ist, die letztere zu übergeben. Der Käufer aber wird verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die verkaufte Sache abzunehmen. Dies sind die wesentlichen Verbindlichkeiten des Verkäufers und des Käufers. Zum Zweck der wirthschaftlichen Sicherstellung der Vertragschließenden giebt es aber auch noch Nebenverbindlichkeiten. So ist beispielsweise der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer über die den Kaufgegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse, insbesondere bei dem Verkaufe eines Grundstücks über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten desselben die nöthigen Aufschlüsse zu ertheilen, auch die

zum Beweise des Rechts an dem Kaufgegenstande dienenden Urkunden, soweit diese in seinen Händen sich befinden, auszuliefern (§ 462), und die Sache bis zur Uebergabe mit aller Sorgfalt aufzubewahren (§§ 224, 257).

Wird ein Kaufvertrag von mehreren Verkäufern einer und derselben Sache mit einem Käufer, oder von einem Verkäufer mit mehreren Käufern geschlossen, so wird damit jedesmal, falls nichts Entgegenstehendes vereinbart ist, für die Schuldner eine gemeinschaftliche Schuld erzeugt. Besteht auf Seiten der mehreren Verkäufer bereits eine Gemeinschaft bezüglich des verkauften Gegenstandes oder soll die verkaufte individuell bestimmte Sache oder Quantität generisch bestimmter Sachen vorerst noch erworben werden, so ist es augenscheinlich, daß jeder Verkäufer ein Interesse daran hat, daß seine Mitverkäufer Alles thun, um die von ihnen Allen übernommene Verbindlichkeit zu erfüllen. Ihr Interesse an der Erfüllung der Verkaufsverbindlichkeit ist also ein gemeinschaftliches. Aber auch der Käufer hat ein Interesse an der Gemeinschaftlichkeit der Schuld der Verkäufer. Was nützt es ihm, wenn nur einer der Verkäufer seinen guten Willen erklärt, die verkaufte individuell bestimmte Sache zu liefern, während die andern Verkäufer sich dazu nicht bereit erklären, oder wenn jener in seinen Mitbesitz ihn einweist, und es ihm überläßt, sich wegen Ueberlieferung des Mitbesitzes der anderen mit diesen herumzustreiten. Eine solche Theilerfüllung hat für ihn nur einen sehr geringen Werth. Steht aber eine verkaufte Quantität generisch bestimmter Sachen in Frage, wie etwa die Lieferung von 10 000 Ctr. Heu, so ist ihm mit einer Theillieferung von 2000 Ctr. auch nicht gedient. Wäre ihm damit gedient gewesen, so hätte er Einzelkäufe abgeschlossen. So aber liegt es in seinem Interesse, daß die wirthschaftlichen Kräfte aller seiner Verkäufer zusammenwirken, um die Lieferung der gesammten Quantität zu bewerkstelligen. Haben andrerseits mehrere Personen als Käufer einen Kaufvertrag über eine individuell bestimmte Sache geschlossen, so ist ihr Interesse an dem Kaufobjekt augenscheinlich im Zweifel ein gemeinschaftliches. Das Interesse jedes einzelnen Käufers beschränkt sich nicht auf seinen zu erwerbenden Eigenthumsantheil, sondern geht über denselben hinaus, und erstreckt sich auf die ganze Sache, und liefert der Verkäufer an einen der mehreren Mitkäufer die ganze Sache aus, so ist es auch nicht mehr, wie recht und billig, daß letzterer das Aequivalent für die ganze verkaufte und ausgelieferte Sache, also den ganzen Kauf-

preis zahle. Ganz dasselbe ist im Zweifel bei der Lieferung einer Quantität generisch bestimmter Sachen der Fall. Aber auch der Verkäufer hat, was jetzt nicht mehr erörtert zu werden braucht, ein Interesse an der Gemeinschaftlichkeit der Kaufpreisschuld seiner Käufer. Wir finden es daher auch beim Kaufvertrag wirthschaftlich gerechtfertigt, daß durch den gemeinschaftlichen Vertragsabschluß im Zweifel sowohl für die mehreren Verkäufer, wie für die mehreren Käufer eine gemeinschaftliche Schuld entsteht.

5. Die übrigen Verträge.

§ 8

Nach den bisherigen Untersuchungen über die wirthschaftliche Natur der passiven Seite des mit mehreren Schuldnern geschlossenen Hinterlegungs- Leih- Darlehns- und Kaufvertrags bedarf es einer gleichen Erörterung in Bezug auf die übrigen Verträge nicht mehr. Die wirthschaftlichen Zwecke und Mittel, wie sie dort dargestellt sind, kehren auch bei den übrigen Verträgen, wenngleich in veränderter Zusamensetzung im Wesentlichen wieder, so die Zwecke und Mittel der Verwahrung einer Sache vor nachtheiligen äußeren Einflüssen, die der Erhaltung der Gebrauchsfähigkeit, der Ueberlassung des Gebrauchs, des Besitzes, des Eigenthums oder sonstigen Rechts, und der Rückgabe einer hingegebenen Sache. Auch eine Erörterung derjenigen Verträge, welche die Befriedigung irgend eines wirthschaftlichen Zwecks durch das Mittel fremder Arbeit oder Dienste, mit ihren verschiedenartigen Mischungen von körperlicher, geistiger, wissenschaftlicher und künstlicher Thätigkeit zum Gegenstande haben, wie Auftrag, Dienst- und Werkvertrag, ist nicht nöthig. Ueberall finden wir den Satz wirthschaftlich gerechtfertigt, daß beim Abschluß eines Vertrags mit mehreren Schuldnern eine Theilung der vereinbarten Leistung unter die mehreren Schuldner mit gleichen oder verschiedenen Antheilen und mehr oder weniger selbstständigen Einzelhandlungen ausdrücklich oder stillschweigend verabredet werden kann, daß aber in Ermangelung einer solchen Verabredung d. h. im Zweifel die Schuld sämmtlicher Schuldner dem Gläubiger gegenüber eine gemeinschaftliche ist.[24]).

---

[24]) Diese Gleichstellung der übrigen Verträge mit dem depositum und commodatum findet sich auch bei den Römischen Juristen. L. 9. pr. de duob. reis (45. 2). Papinianus. (Nach der Florentina; nach andern Handschriften irrthümlich Ulpianus). Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus: vel eandem rem duobus similiter (nach der Vulgata, offenbar zutreffender,

6. Die erbrechtliche Verfügung.

§ 9.

Wenn ein Erblasser durch letztwillige Verfügung oder vertragsweise Verfügung von Todeswegen seinem alleinigen Erben ein Vermächtniß auferlegt, so zeigt er durch die Zuwendung des vermachten Guts an den Vermächtnißnehmer und die Abtrennung desselben vom Erbtheil des Erben auf das Entschiedenste, daß ihm in dieser Beziehung das Interesse des Vermächtnißnehmers höher steht, als das des Erben. Ein Gleiches ist der Fall, wenn er jenes Vermächtniß einem bestimmten ersten Vermächtnißnehmer auferlegt, dasselbe somit vom ersten Vermächtniß abtrennt und dem zweiten Vermächtnißnehmer zuwendet. Diese Gesinnung des Erblassers erweist sich insbesondere dann als sehr wichtig und ausschlaggebend, wenn das Vermächtniß allen oder mehreren bestimmten Erben oder ersten Vermächtnißnehmern gemeinschaftlich auferlegt wird. Erklärt zwar der Erblasser hierbei, daß die vermachte Summe von 3000 lediglich von den Erben 1, 3 und 5 zu bestimmten gleichen oder ungleichen Theilen gezahlt werde solle, dann begrenzt er im Interesse jedes einzelnen Beschwerten dessen zu bringendes Opfer, und es werden dann drei selbstständige Vermächtnisse angenommen werden müssen, geradeso wie wenn der Erblasser dies an verschiedenen Stellen seines Testaments verfügt hätte. Hat aber der Erblasser eine solche Theilung oder Begrenzung der Vermächtnißschuld nicht vorgenommen, hat er etwa verfügt: mein Neffe A soll aus meinem Nachlasse vorweg 3000 haben, oder meine sämmtlichen Erben, oder meine Erben 1, 3 und 5 sollen gehalten sein, meinem Neffen A 3000 zu zahlen, so wird im Zweifel angenommen werden müssen, daß der Erblasser eine gemeinschaftliche Schuld seiner Erben zu begründen Willens gewesen sei. Man wird daher dem Entwurfe nicht beistimmen können, wenn er im § 1843 verordnet, daß falls mehrere Erben oder Vermächtnißnehmer mit demselben Vermächtnisse beschwert sind, im Zweifel anzunehmen ist, daß mehrere Erben nach Verhältniß der Erbtheile, mehrere Vermächtnißnehmer nach Verhältniß des ihnen Zugewendeten beschwert sein sollen.

---

simul, wie l. 5 § 15. Commodati. Ulpianus. Si duobus vehiculum commodatum sit vel (locatum simul) commodavi: sunt duo rei promittendi: quia non tantum verbis stipulationis, sed et caeteris contractibus, veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato; utputa si pluribus haeredibus institutis testator dixit, Titius et Maevius Sempronio decem dato. Diese Stelle enthält eine Lücke, vielleicht auch ein Einschiebsel in Anlehnung an l. 8 § 1 de leg. 1.

7. Die unerlaubte Handlung.

§ 10.

Die gemeinschaftliche Vornahme einer unerlaubten Handlung erzeugt eine gemeinschaftliche Schuld der Mithandelnden auf Schadensersatz.[25]) Eine solche gemeinschaftliche Vornahme fordert zu ihrem Begriffe einen gemeinschaftlichen Entschluß[26]) aller auf Vornahme der Handlung, während Art und Umfang der aktiven Betheiligung eines jeden gleichgültig ist.[27]) Das Nähere ist der kritischen Besprechung der §§ 714, 729, 731, 732 Entw. vorzubehalten.

Die gemeinschaftliche Vornahme einer unerlaubten Handlung erzeugt nun zwischen den Handelnden selbst ebenfalls eine Gemeinschaft, zwar keine rechtliche in dem Sinne, daß jeder zur Mitwirkung bei der ferneren Ausführung des Delikts, oder zum Ersatz der behufs Ausführung desselben von einem Delinquenten ausgelegten Kosten oder sonst gebrachten Opfer oder zur Theilung der Beute verpflichtet wäre. Denn zu einer solchen indirekten Förderung eines Delikts darf sich das Gesetz nun und nimmermehr verstehen. Wohl aber ist die Frage eine berechtigte, ob und in wieweit demjenigen Delinquenten, der, vom Beschädigten auf Schadensersatz belangt, den vollen oder einen Theil des Schadens ersetzt hat, ein Anspruch auf Ausgleichung zustehen soll. Es ist nicht etwa überall eine gewisse Billigkeit gegen den mit dem vollen Schadensersatz Belasteten, die hier ausgleichend wirkt, sondern es ist zuweilen auch die höhere Gerechtigkeit, die nicht dulden darf, daß die gleich widerrechtlich Handelnden gleichsam straffrei ausgehen, und dadurch eine Prämie ihres Delikts erhalten sollen. Das Nähere wird sich bei der Besprechung des § 338 ergeben.

8. Schuldverhältnisse aus andern Gründen.

§ 11.

Im vierten Abschnitt des zweiten Buchs behandelt der Entwurf: „Einzelne Schuldverhältnisse aus andern Gründen", nämlich das aus Bereicherung, aus Geschäftsführung ohne Auftrag und aus Gemein-

[25]) Hier gebraucht der Entwurf den Ausdruck: „gemeinsames Handeln" (§ 714).

[26]) Commune consilium im Gegensatz zum proprium consilium. l. 15 § 2 quod vi aut clam (43. 24.) Dolus communis l. 15. de tut et rat. distr. (27. 3.)

[27]) Entwurf § 714. „Haben Mehrere durch gemeinsames Handeln, sei es als Anstifter, Thäter oder Gehülfen, einen Schaden verschuldet, so haften sie als Gesammtschuldner."

schaft entstehende und das auf Vorlegung und Offenbarung gerichtete Schuldverhältniß. Die Fälle der aus einer Bereicherung entstehenden sind die Leistung einer Nichtschuld, der Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolgs, der Wegfall des Rechtsgrundes einer Leistung, der verwerfliche Empfang und das sonstige grundlose Haben. In allen diesen Fällen der Bereicherung kann die sine causa erfolgte Empfangnahme einer Sache durch Mehrere für diese eine gemeinschaftliche sein, und für sie eine Gemeinschaft des grundlosen Habens erzeugen. Theilen sie in der Folge unter einander ab, so haftet jeder dem Gläubiger gegenüber (von Delikten abgesehen) nur auf die Bereicherung. Besteht aber zur Zeit der Anforderung des Gläubigers die Gemeinschaft an der empfangenen Sache noch fort, oder ist die Bereicherung in dem gemeinschaftlichen Vermögen aller noch enthalten, so besteht für alle dem Gläubiger gegenüber eine gemeinschaftliche Schuld. — Bei der von Mehreren gemeinschaftlich vorgenommenen Geschäftsführung ohne Auftrag wird im Zweifel, d. h. wenn die Geschäftsführer nicht von vornherein eine Theilung der Arbeit unter sich vereinbart haben, ebenfalls eine gemeinschaftliche Schuld erzeugt. — Dasselbe ist bei den zur Wahrung des gemeinschaftlichen Interesses der Gemeinschafts-Theilhaber eingegangenen Verbindlichkeiten der Fall, und ebenso wird durch den gemeinschaftlichen Besitz einer Sache eine gemeinschaftliche Vorzeigepflicht, und durch die gemeinschaftliche Pflicht Mehrerer zur Herausgabe eines Inbegriffs von Vermögensgegenständen oder zur Auskunftsertheilung über den Bestand desselben eine gemeinschaftliche Schuld zur Vorlage eines Vermögensverzeichnisses begründet, während der Offenbarungseid der Natur der Sache nach prinzipiell von jedem Schuldner zu leisten ist.

IV. Die rechtliche Natur der gemeinschaftlichen Schuld.

Im Allgemeinen.

§ 12.

Bei der Betrachtung der wirthschaftlichen oder thatsächlichen Natur der einzelnen Schuldverhältnisse, welche für mehrere Schuldner gemeinschaftlich entstehen, haben wir überall gesehen, daß es sich bei ihnen um einen und denselben, aber gemeinschaftlichen Zweck gegenüber dem Gläubiger handelt, während die Mittel zur Erreichung dieses Zwecks, die Handlungen der einzelnen Schuldner nach ihrer

Art, Zahl, Beschaffenheit und Stärke sehr verschieden sein können. Jede einzelne Thätigkeit jedes einzelnen Schuldbetheiligten (Mitschuldners) ist auf denselben gemeinschaftlichen Zweck, auf die Befriedigung des Gläubigers gerichtet, während die einzelnen Handlungen zwar besondere eines jeden Schuldners sind, insoweit aber, als sie die Befriedigung des Gläubigers bewirken, als gemeinschaftliche angesehen werden. Das Recht eignet sich diese das Verkehrsleben beherrschende Auffassung an, und betrachtet demnach jenen wirthschaftlich oder thatsächlich gemeinschaftlichen Zweck als einen rechtlich gemeinschaftlichen Zweck, und die zur Befriedigung des Gläubigers führenden Handlungen als die besonderen Handlungen des Einzelnen und zugleich als gemeinschaftliche, oder als Handlungen des Einzelnen für sich und die Andern. Daraus ergiebt sich eine gemeinschaftliche Schuld aller Schuldner, die nunmehr definirt werden kann als eine rechtliche Verbindung mehrerer Einzelverpflichtungen zum gemeinschaftlichen Zweck der Befriedigung des Gläubigers.

Die gemeinschaftliche Schuld entsteht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft. Wir haben oben gesehen, daß die Klauseln „Alle für Einen und Einer für Alle" u. s. w. nach der Bedeutung, welche ihnen das wirkliche Leben beilegt, ein umfangreicheres Haftverhältniß zu begründen pflegen, als die Gesammtschuld des Entwurfs. Andere Ausdrücke, wie „solidarisch" und „koreal" werden im Verkehr in verschiedenem Sinne gebraucht. Es ist Sache des Einzelfalls, auf dem Wege der Auslegung ihre konkrete Bedeutung festzustellen. Ich beantrage daher:

den Absatz 2 des § 321 zu streichen.

Wir haben ferner gesehen, daß ein von mehreren Personen als Schuldnern gemeinschaftlich geschlossenes Rechtsgeschäft im Zweifel eine gemeinschaftliche Schuld erzeugt. Es bedarf daher der Entwurf in dieser Hinsicht eines Zusatzes. Seine Formulirung werde ich jedoch erst in dem die gemeinschaftliche Forderung darstellenden Gutachten versuchen.

Die rechtlichen Folgen dieser Konstruktion der gemeinschaftlichen Schuld sind nun im Wesentlichen folgende.

A. Der gemeinschaftliche Zweck.

§ 13.

1. Mit der Befriedigung des Gläubigers durch die Thätigkeit aller oder einiger Schuldner oder auch nur eines einzelnen Schuldners

ist nicht blos die besondere Schuld des Handelnden, sondern auch die Schuld der andern, die gemeinschaftliche Schuld erloschen. Dies kann stattfinden durch **Erfüllung** der bestehenden Schuld (vertragsmäßige oder gesetzliche Leistung), aber auch durch **Leistung an Erfüllungsstatt** und durch **öffentliche Hinterlegung**. Der Entwurf sagt in dieser Hinsicht (§ 329):

> „Die von einem Gesammtschuldner geschehene Erfüllung wirkt auch für die übrigen Gesammtschuldner. Dasselbe gilt von der Erfüllung durch öffentliche Hinterlegung und von der Leistung an Erfüllungsstatt."

Im Prinzipe ist diese Normirung richtig, doch habe ich gegen die völlig gleiche Behandlung der Leistung an Erfüllungsstatt bei der Einzelschuld und bei der gemeinschaftlichen Schuld (bezw. der Gesammtschuld des Entwurfs) ein nicht unwesentliches Bedenken, welches doch wohl zu einer Unterscheidung führen dürfte. Nach § 264 Entw. erlischt das Schuldverhältniß, wenn der Gläubiger statt der dem Schuldner obliegenden Leistung eine andere Leistung an Erfüllungsstatt annimmt. Es erlischt insbesondere auch dann, wenn der Schuldner durch Vertrag mit dem Gläubiger eine neue Verbindlichkeit gegen diesen an Erfüllungsstatt übernimmt. Wird nun eine Sache oder eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt angenommen, so finden zwar nach § 268 die Vorschriften über die Gewährleistung des veräußerten Rechtes, im Falle der Annahme einer Forderung die Vorschriften über die Haftung für eine abgetretene Forderung, und im Falle der Annahme einer Sache außerdem die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache Anwendung, allein die erstere Forderung ist mit der Leistung an Erfüllungsstatt definitiv erloschen, und sie kann nicht wieder aufleben, außer durch Neubegründung mittelst Vertrags zwischen den Parteien.[28])

Wenn nun einer von mehreren Mitschuldnern behufs Tilgung einer gemeinschaftlichen Schuld von 300 Mark dem Gläubiger einen

---

[28]) Die Motive (S. 83) sprechen sich hierüber in der entschiedensten Weise aus. Sie beseitigen damit insbesondere die gemeinrechtliche Doktrin, wonach für den Fall, daß der von dem Gläubiger an Erfüllungsstatt angenommene Gegenstand wegen eines Mangels im Rechte des Schuldners nicht oder nicht dauernd in das Vermögen des Gläubigers übergegangen ist, dem Gläubiger die Wahl zustehe, ob er auf seine Forderung zurückgreifen oder sein Interesse nach Maßgabe der Evictionsgrundsätze geltend machen will.

Gegenstand in gleichem Werthe an Erfüllungsstatt giebt, und dieser in der Folge dem Gläubiger entwehrt wird, so ist letzterer wegen seines desfallsigen Anspruchs lediglich auf den gebenden Schuldner angewiesen, und die übrigen Mitschuldner sind von ihrer gemeinschaftlichen Schuld befreit. Dies gereicht im Fall der Insolvenz des Gewährleistungsschuldners dem Gläubiger zum Nachtheil. Es fragt sich, ob und wie das Recht ihn gegen einen solchen Verlust schützen soll. Die Ablehnung eines Schutzes überhaupt kann man nicht etwa damit motiviren, daß sich der Gläubiger durch vorbehaltlose Annahme des Gegenstandes einer Unvorsichtigkeit schuldig gemacht habe, deren Folgen er allein zu tragen habe, denn nach unsern Anschauungen im Handel und Wandel, denen stets der gute Glaube zu Grunde liegt, ist dies keine Nachlässigkeit, sie wäre es höchstens für einen geriebenen, obendrein mit weitgehenden Rechtskenntnissen ausgerüsteten Geschäftsmann. Hat freilich nach der Leistung an Erfüllungsstatt eine Abrechnung und Ausgleichung zwischen den Mitschuldnern stattgefunden, so wird das Recht dem geschädigten Gläubiger nicht helfen können, und es würde jedenfalls gegen die Gerechtigkeit verstoßen, wenn es etwa die getilgte gemeinschaftliche Schuld wieder aufleben lassen wollte. Anders aber liegt die Sache so lange, als eine Ausgleichung der gemeinschaftlichen Schuldner noch nicht stattgefunden hat, für welchen Fall meines Erachtens die Gerechtigkeit eine eventuelle Haftung der übrigen Schuldner auf die Bereicherung fordert.

Ich schlage daher für den zweiten und dritten Satz des § 329 folgenden Zusatz vor:

> „Ist in den Fällen des § 265 die Ausklagung des Mitschuldners, der an Erfüllungsstatt geleistet hat, erfolglos (§ 674 Abs. 2), so haften die Mitschuldner bis zum Belauf ihrer Bereicherung."

2. In der gemeinrechtlichen Doktrin ist es bekanntlich bestritten, inwieweit der vom Gläubiger zur Zahlung aufgeforderte Solidarschuldner eine, seinem Mitschuldner gegen jenen Gläubiger zustehende Forderung zur Kompensation bringen könne. Als Regel ist, wie auch die Motive (S. 162) sagen, allgemein anerkannt, daß zur Kompensation nur derjenige berechtigt ist, dem die Gegenforderung zusteht, und die diesem zustehende Gegenforderung darf der andere Mitschuldner so wenig zur Aufrechnung benutzen, als er berechtigt ist, aus den Mitteln des ersteren Zahlung zu leisten. Diese Regel ist vollständig richtig, und sie findet insbesondere auch durch die rechtliche

Natur der gemeinschaftlichen Schuld keine Einschränkung. Denn die zwischen den mehreren Mitschuldnern bestehende Gemeinschaft erstreckt sich nur auf die konkreten Einzelleistungen und nicht über sie hinaus, und wenn der eine Mitschuldner vom Gläubiger zur Zahlung der ganzen Schuld aufgefordert wird, so kann er zwar von seinem Mitschuldner den Beitrag seines Schuldantheils alsbald verlangen, aber er kann nicht eigenmächtig dessen Forderung gegen den Gläubiger zum Zweck der Aufrechnung sich aneignen, und eine ohne Einwilligung des Forderungsberechtigten zur Kompensation angetragene fremde Gegenforderung hat für den Gläubiger selbstverständlich keinen Befriedigungswerth. Von dieser Regel soll das Römische Recht eine Ausnahme dahin gemacht haben, daß, wenn die mehreren correi debendi in einem Sozietätsverhältnisse stehen, der eine auch die Gegenforderung des andern dem Gläubiger aufrechnen könne. Die einschlagende Stelle ist l. 10 de. duob. reis. (45. 2). Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Ueber die Tragweite dieser Bestimmung kann man verschiedener Ansicht sein, man kann insbesondere annehmen, daß im Fall einer Societät der vom Gläubiger angegangene Mitschuldner nur mit Societätsgegenforderungen, aber auch mit jeder beliebigen Gegenforderung seines Gesellschafters kompensiren könne. Man ist sogar noch weiter gegangen und hat dem Korrealschuldner gestattet, mit der Forderung seines Mitschuldners dann zu kompensiren, wenn dieser ihm irgendwie regreßpflichtig ist. Diese letztere Ansicht, welche jedenfalls in den Quellen eine solide Bestätigung nicht findet, ist schon deshalb ganz unhaltbar, weil sie einen eigenmächtigen Eingriff des regreßberechtigten Gläubigers in das Vermögen des regreßpflichtigen Schuldners gestattet, und sie kann, wie sich später ergeben wird, nicht einmal bei dem die Mitschuldner viel inniger und strammer zusammenschließenden Verhältniß der eigentlichen Gesammtschuld eine Berechtigung erhalten. Der Entwurf geht von dem Prinzipe aus, daß jeder seiner Gesammtschuldner vermöge der zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Obligation für sich auf das Ganze verpflichtet sei, und so wenig derselbe wegen des zwischen ihm und seinen Mitschuldnern bestehenden, eine Regreßpflicht involvirenden Verhältnisses den Gläubiger bezüglich antheilmäßiger Zahlung an seine Mitschuldner verweisen dürfe, so wenig könne ihn jene Regreßpflicht berechtigen, an Stelle der ihm selbst obliegenden Erfüllung den Gläubiger auf die Kompensation mit der Forderung eines anderen Gesammtschuldners zu verweisen. Denn

der wesentliche Zweck des Gesammtschuldverhältnisses, dem Gläubiger die Vortheile größerer Sicherheit und leichterer und bequemerer Rechtsverfolgung zu verschaffen, würde durch die Hereinziehung des zwischen den Gesammtschuldnern unter sich bestehenden Rechtsverhältnisses wesentlich beeinträchtigt und der beseitigten Theilungseinrede auf anderem Wege theilweise die Thüre wieder geöffnet. Dieser aus dem Zweck des Gesammtschuldverhältnisses entnommene Grund ist jedenfalls hier nicht anwendbar, denn er würde in seiner Konsequenz dahin führen, jede Kompensation mit einer ursprünglich fremden, durch Uebertragung von Seiten des dritten Gläubigers auf den in Anspruch genommenen Mitschuldner, ja sogar die Kompensation mit ursprünglich eigenen Gegenforderungen dieses Mitschuldners auszuschließen. Der allein richtige Gesichtspunkt ist vielmehr der, daß durch den bloßen Bestand einer Regreßforderung des in Anspruch genommenen Mitschuldners dieser noch lange kein Recht auf irgend eine Forderung seines regreßpflichtigen Mitschuldners, und folglich auch kein Recht auf dessen Forderung gegen den in Anspruch nehmenden Gläubiger hat. Ein solches Recht aber hat der Mitschuldner dann, wenn die zur Kompensation zu bringende Forderung eine zwischen ihm und seinem Mitschuldner g e m e i n s c h a f t l i c h e ist. Denn in diesem Fall ist er, wie wir später sehen werden, und wie der Entwurf ja für den Fall der Gesammtforderung anerkennt, zur selbstständigen Geltendmachung dieser Forderung gegenüber dem gemeinschaftlichen Schuldner und folglich auch zur Kompensation mit derselben gegenüber dem ihn allein in Anspruch nehmenden Gläubiger berechtigt. Dies auf den Fall einer Sozietätsforderung, als einer bloßen Spezies der gemeinschaftlichen Forderung, zu beschränken, liegt kein Grund vor, und es wird daher beispielsweise gerade so, wie der vom Vermiether einer Sache auf Zahlung des ganzen Miethzinses belangte Mitmiether für den Fall, daß er gemeinschaftlich mit einem oder mehreren seiner Genossen oder daß diese allein nothwendige Auslagen behufs Erhaltung der Sache gemacht haben sollten, (nach dem Entwurf unter der Voraussetzung einer vertragsmäßigen Gesammtschuld der Miether), mit der ganzen Auslagen- oder Verwendungsforderung kompensiren kann, auch der auf Rückzahlung des ganzen Darlehns vom Darleiher in Anspruch genommene Solidarschuldner mit einer ihm und seinem Mitschuldner aus Vermächtniß gegen jenen als Erben solidarisch zustehenden Geldforderung kompensiren können, obwohl hier zwischen den Vermächtnißnehmern keine

Sozietät, sondern nur eine Gemeinschaft besteht. Es bedarf daher die Bestimmung des § 330 Entw: „Die einem Gesammtschuldner gegen den Gläubiger zustehende Gegenforderung kann nicht von den übrigen Gesammtschuldnern aufgerechnet werden," einer Ergänzung dahin, daß mit gemeinschaftlichen Forderungen der gemeinschaftlichen Schuldner, und daß mit jeder Forderung eines andern Mitschuldners mit dessen Einwilligung kompensirt werden könne.

3. Die Frage, welche Wirkungen der vom Gläubiger einem Mitschuldner (Solidar- oder Korrealschuldner) gegenüber erklärte Schulderlaß für die übrigen Mitverpflichteten habe, ist sowohl in der gemeinrechtlichen Doktrin sehr bestritten, wie in den Partikularrechten verschieden beantwortet. Die Motive erklären es als eine Willens- oder Thatfrage des Einzelfalls, ob dem Erlasse eine objektive oder nur eine subjektive Wirkung beizulegen sei (S. 164 f.), und schließen für den Fall der Zweifelhaftigkeit jener Frage eine Vermuthung für die blos subjektive Wirkung aus, fordern aber doch andererseits einen objektiven Erlaßwillen, den Abschluß eines wie die wirkliche Erfüllung (datio in solutum, erfolgte Aufrechnung) wirkenden Erlaßvertrags, und stellen daher auch keine Präsumtion für die objektive Wirkung auf. Der Entwurf selbst bestimmt im § 332: „Der von dem Gläubiger einem Gesammtschuldner bewilligte Erlaß wirkt auch für die übrigen Gesammtschuldner, wenn die Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses gewollt war." Berufen sich daher die vom Gläubiger in Anspruch genommenen Mitschuldner auf einen ihrem Genossen gegenüber erklärten Erlaß, so haben sie behufs ihrer Befreiung die vertragsmäßig erklärte Absicht der objektiven Wirkung nachzuweisen. Mit dieser Auffassung des Entwurfs kann man sich jedoch nicht durchweg einverstanden erklären, wenn man Folgendes erwägt.

Zunächst ist die Frage zu untersuchen, ob denn ein rein persönlicher, nur einem der Mitschuldner zu gute kommender Erlaß, der doch thatsächlich die Lasten und Opfer der übrigen erhöht, überhaupt statthaft ist. Nach dem Wesen der Gesammtschuld des Entwurfs müßte diese Frage prinzipiell bejaht werden, denn jeder der mehreren Mitschuldner ist ja zur ganzen Leistung verpflichtet, und der Gläubiger hat ein Recht auf die ganze Leistung gegenüber jedem, auf Rechte kann man verzichten und folglich kann mit der erlaßweisen Ausscheidung des einen Mitschuldners der Gläubiger die ganze Leistung von den übrigen Mitschuldnern verlangen. Nun ist aber, wie

wir gesehen haben, die geschuldete Leistung eines jeden Mitschuldners nicht bloß eine besondere Leistung desselben, sondern eine allen Mitschuldnern gemeinschaftliche, und es haben in einer großen Kategorie von Fällen die sämmtlichen als gemeinschaftliche Schuldner sich verpflichtenden Kontrahenten ein sehr wesentliches Interesse daran, nicht nur, daß sie alle gleichmäßig und gemeinschaftlich zusammen wirken, arbeiten und handeln, um den Erfolg, die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen, sondern auch, daß sie der Gläubiger als gemeinschaftliche Schuldner reell behandele und von keinem von ihnen wesentlich mehr verlange, als von dem andern. Zwar kann dieser Gedanke nach seiner positiven Seite hin nicht durchgeführt werden, weil er die Zulässigkeit der mit dem Wesen der solidarischen Verpflichtung im Widerspruch stehenden Einrede der Theilung statuiren würde, allein er hat auch eine negative Seite, nämlich die, daß der Gläubiger seinerseits ohne rechtfertigenden Grund der gemeinschaftlichen Ausführung der von allen geschuldeten Leistung kein Hinderniß in den Weg lege, und insbesondere durch die bloß persönlich wirkende Befreiung eines der Mitschuldner die Last und Opfer der übrigen Mitschuldner um ein Erhebliches vermehre. Man nehme den Fall, es unterhandle Jemand mit einem Bauunternehmer wegen der Erbauung eines Hauses um den Preis von 100 000 Mark; der desfalls angegangene Bauunternehmer lehne mit Rücksicht auf das Ungenügende seiner Kapitalkräfte, mit Rücksicht darauf, daß er wegen gleichzeitiger anderer Bauten dem fraglichen Bau nicht seine ganze Zeit und Aufsicht widmen, daß er nicht sämmtliche erforderliche Verbindungen mit Materiallieferanten eingehen oder aufrecht erhalten könne u. s. w., die alleinige Ausführung des Hausbaues ab, verstehe sich aber zu einer gemeinschaftlichen Ausführung mit einem bestimmten andern Bauunternehmer, und es käme nach einer zwischen beiden Bauunternehmern getroffenen Abrede über die gemeinschaftliche Ausführung zwischen ihnen als Uebernehmern und dem Besteller ein Werkvertrag zu Stande, wonach erstere, ohne jegliche besondere Festsetzung der von einem oder dem andern zu liefernden Arbeiten und Materialien, den gemeinschaftlichen Bau übernehmen, und für den Fall nicht rechtzeitiger Herstellung desselben eine Konventionalstrafe versprechen. Nachdem der Bau etwa zur Hälfte errichtet ist, erläßt der Besteller dem einen Uebernehmer seine Schuld und verlangt vom andern die alleinige rechtzeitige Ausführung des Baues. Daß letzterer hierdurch in die verzweifeltste Lage kommen und seinem totalen Ruin entgegen-

gehen kann, ist augenscheinlich. Den befreiten Genossen rechtzeitig auszuklagen und zu exequiren, um die Mittel zur Vollendung des Baues zu erlangen, ist ihm meistens unmöglich; ihn darauf zu verweisen, ist ein schlechter Trost. Unser Rechtsgefühl sagt uns mit der überzeugungsvollsten Bestimmtheit, daß ein solcher Erlaß dem alleinstehenden Uebernehmer nicht nachtheilig werden darf und daß insbesondere die Konventionalstrafe nicht gefordert werden kann. Liegt freilich im Einzelfalle ein den Erlaß rechtfertigender Grund vor, worüber das billige Ermessen eines rechtschaffenen Mannes zu entscheiden hat, dann wird der alleinstehende Uebernehmer diesen Erlaß als ein zufälliges, ihm allein widriges Ereigniß betrachten müssen. Es bedarf daher meines Erachtens der Entwurf der Aufnahme einer Bestimmung, welche die Zulässigkeit eines persönlichen Erlasses der Schuld eines Mitschuldners nach den Anforderungen des Interesses der Schuldner an der Gemeinschaftlichkeit der gemeinschaftlich übernommenen Leistung zur Zeit des Vertragsabschlusses und nach den Anforderungen von Treu und Glauben beschränkt.

Von dem eigentlichen Erlaß der Schuld des einzelnen Mitschuldners ist zu unterscheiden die vertragsmäßige Zusage des Gläubigers, er werde seine Forderung weder ganz, noch theilweise, oder nicht über einen bestimmten Theil hinaus gegen ihn geltend machen (Nichteinforderungsvertrag). Liegt blos eine solche Zusage vor, so wird am Bestande der gemeinschaftlichen Schuld nichts geändert, sie bleibt vielmehr in ihrer vollen Integrität nach wie vor bestehen. Derartige bloße Zusagen, selbst wenn sie weder durch Bedingungen, noch Zeitbestimmungen eingeschränkt sind, kommen im Leben häufig vor. Ein in seinen Vermögensverhältnissen heruntergekommener, mit der Noth des Lebens kämpfender Familienvater bittet den Darlehnsgläubiger inständig, ihn wegen der mit seinen vermögenden Geschwistern gemeinschaftlichen Darlehnsschuld nicht zu verfolgen, und der Gläubiger, der durch einen theilweisen, wenn auch nur persönlichen Erlaß der Schuld den übrigen Schuldnern gegenüber sich nichts vergeben, auch von seiner Forderung nichts verlieren will, sagt ihm dies aus Mitgefühl zu. Der Gläubiger will ihn auch nicht vollständig freigeben, er will nur das Odium, einen armen Mann auszuklagen und demselben auf dem Exekutionswege noch anderweitig Vermögen wegzunehmen, von sich abwenden, unbekümmert darum, daß die Mitschuldner bei der Ausgleichung der Schuld unter sich ihm durch Klage und Exekution den Rest seines Vermögens abnehmen. Aber die für die ganze Schuld gegebene

Hypothek will er aufrecht erhalten haben, und wenn es zum zwangsweisen Verkaufe der Pfandobjekte kommt, will er sich durch den Erlös vollständig decken, ohne daß ihm von Seiten jenes Mitschuldners das pactum de non petendo entgegengesetzt werden könnte.

Der vom Gläubiger einem Mitschuldner gegenüber erklärte Erlaß der Schuld ist nun entweder ein solcher mit blos subjektiver Wirkung, d. h. er scheidet entweder blos jenen Mitschuldner aus dem Verbande der gemeinschaftlichen Schuld aus, und läßt die gemeinschaftliche Schuld der übrigen Mitschuldner unberührt, oder er hebt die gemeinschaftliche Schuld ihrem objektiven Bestande nach ganz oder zu einem bestimmten Theile derartig auf, daß auch die übrigen Mitschuldner von ihren Verbindlichkeiten befreit werden. Man kann hierfür die Ausdrücke „persönlicher und sachlicher Erlaß" gebrauchen. Dieser Unterschied ist deshalb möglich, weil die den Gegenstand der Obligation bildende gemeinschaftliche Schuld eine aus den besonderen Verpflichtungen der mehreren Mitschuldner zusammengesetzte Schuld ist. Der persönliche, wie sachliche Erlaß kann mit ausdrücklichen Worten in der bestimmtesten Weise erklärt werden. Er kann aber auch stillschweigend erklärt werden, indem insbesondere der Umfang und die Richtung des Erlaßwillens in einer Reihe von Umständen, unter welchen der Erlaßvertrag geschlossen wird, sich wiederspiegelt. Welcher Art im Einzelfalle ein unzweifelhaft ausgesprochener Erlaßwille ist, muß durch Willensauslegung festgestellt werden. Es wirft sich aber hier die legislative Frage auf, ob das Gesetz diese Feststellung lediglich der richterlichen Thätigkeit überlassen, oder ob es den Richter mit einigen Anhaltspunkten unterstützen soll. Man kann hierüber sehr verschiedener Ansicht sein. Da indessen nach dem Entwurfe der Erlaß als Erlöschungsgrund eines Schuldverhältnisses ein von seiner materiellen causa unabhängiges, abstraktes Rechtsgeschäft ist, und daher als solches zur Interpretation seines Umfanges gar nichts beitragen kann, so scheint mir die Gewährung von Anhaltspunkten für den Richter des Einzelfalls räthlich zu sein. Werden solche Anhaltspunkte nicht gegeben, so liegt die Gefahr nahe, daß der Richter dem Wortlaute, in welche der Erlaßwille eingekleidet ist, einen übertrieben hohen Werth beilegt, und dann zu ganz falschen Resultaten gelangt. So wäre es zunächst wünschenswerth, den Richter auf den materiellen Zweck des Erlasses hinzuweisen, namentlich dahin, ob derselbe eine Schenkung sei, oder die Aufhebung der Schuld gegen ein Aequivalent, oder etwa gleichsam

die Dereliktion einer Forderung, ferner auf die persönlichen Verhältnisse zwischen dem Erlassenden und einem oder dem andern der Mitschuldner nach der Richtung, ob dieselben die Annahme einer Schenkung an alle Schuldner oder nur an den, dem gegenüber der Erlaß erklärt ist, rechtfertigen, ferner auf die Größe des Aequivalents, ob dasselbe vernünftigerweise lediglich als Abfindung der besonderen Schuld des einzelnen Mitschuldners oder als Abfindung der ganzen Schuld betrachtet werden muß u. s. w. Soviel für die Fälle, in welchen der Erlaß der ganzen Schuld in Frage steht. Jedenfalls aber ist eine besondere, über die Willensauslegung hinausgehende Bestimmung für diejenigen Fälle nöthig, in welchen der Gläubiger einem seiner Mitschuldner dessen Kopfantheil an der Schuld erläßt. Nach dem früher Erörterten besteht zwischen den gemeinschaftlichen Schuldnern schon an sich eine Gemeinschaft, die in Ermangelung besonderer Verabredung jeden in Bezug auf die Erfüllung zu gleichen Antheilen verpflichtet, und bei erfolgender Ausgleichung in Bezug auf Auslagen jeden zu gleichen Antheilen berechtigt und verpflichtet. Dies spricht auch § 337 Entw. aus. Wenn nun beim Vorhandensein von 4 Schuldnern und einer gemeinschaftlichen Schuld von 1000 der Gläubiger dem einen Mitschuldner seinen Antheil von 250 in einer Erklärungsweise schenkungshalber erläßt, von der es selbst nach Erschöpfung aller Interpretationsmittel zweifelhaft ist, ob damit nur dieser Schuldner befreit sein, die ganze Forderung gegen die übrigen Mitschuldner aber aufrecht erhalten werden solle, so spricht doch sicherlich eine Vermuthung dafür, daß die ganze Forderung um den Betrag von 250 gekürzt sei. Denn dieser schenkweise Erlaß von 250 an den Mitschuldner wäre ein wesenloses Geschäft, wenn der Gläubiger die ganze Forderung von 1000 von den übrigen Mitschuldnern einforderte und diese den Schuldantheil ihres Gemeinschaftsschuldners im Betrag von 250 von diesem beitreiben würden. In solchen Fällen hat daher der erlassende Gläubiger für die Beseitigung jeder Unklarheit zu sorgen und den Vorbehalt der Geltendmachung seiner ganzen Forderung gegen die übrigen Mitschuldner rechtzeitig sich auszubedingen, widrigenfalls von Gesetzeswegen angenommen wird, daß der Erlaß des Ratenantheils des beschenkten Schuldners der ganzen Forderung und somit auch den übrigen Schuldnern zu gute komme. Der Entwurf hat in dieser Beziehung eine von der Regel des § 332 abweichende Ausnahmebestimmung nicht getroffen. Die Motive erörtern zwar den Fall, daß dem Erlasse nur subjektive Wirkung zukomme und

zwischen den Gesammtschuldnern eine Ausgleichungspflicht bestehe, allein sie halten im Hinblicke auf die große Seltenheit dieses Falls eine besondere gesetzliche Bestimmung nicht für empfehlenswerth. Selten wird allerdings ein solcher Fall sein, aber die Seltenheit eines Vorkommens ist für sich allein kein Grund, eine qualitativ wichtige, durch Interpretation und Analogie nicht zu lösende Frage im Gesetz unentschieden zu lassen, und dem Richter anheim zu geben, wie er mit ihr fertig werde. Denn gerade sehr schwierige Fragen bedürfen einer Aufklärung durch das Gesetz, und man kann eher Dutzende von Rechtssätzen entbehren, an deren Wahrheit kein Jurist zweifelt. Die Fälle aber, in welchen es zweifelhaft ist, ob ein theilweiser Schulderlaß lediglich subjektive oder auch objektive Wirkung habe, kommen im Leben keineswegs selten vor. Die Kontrahenten sind sich in den meisten Fällen selbst nicht einmal klar darüber, welche Wirkungen ein solcher Erlaß haben solle (geschweige denn, daß sie sich klar darüber aussprechen), der Gläubiger folgt bei seinem Erlasse meistens dem Impulse des momentan erzeugten und stark wirkenden Mitleids, und denkt gewöhnlich gar nicht daran, daß sein auf der Pfändung befindlicher Schuldner späterhin von seinen regreßberechtigten Genossen verklagt und exequirt werde, seine Gedanken bewegen sich so zwischen pactum de non petendo und Erlaß, und der Schuldner ist frohen Herzens, wenn er mit seinem Erlaßschein zum Gerichtsvollzieher eilen und die Versteigerung seiner gepfändeten Mobilien abwenden kann. Erst hinterher taucht die Frage auf, was mit jenem Erlasse bewirkt, was verloren oder gewonnen sei, und für solche Fälle ist denn eine gesetzliche Bestimmung darüber, wer von den Erlaßkontrahenten die Frage der subjektiven oder objektiven Wirkung des Erlasses in Anregung zu bringen gehabt hätte, recht nöthig. Der von den Motiven erörterte Fall ist nun ein hiervon verschiedener. Sie unterstellen einen nur subjektiv wirkenden Erlaß mit der, wie sie sagen, zweifellos wirksamen Vereinbarung, daß der Erlaß auch nicht in tantum objektiv wirken solle (welche Vereinbarung stets beim Vorliegen eines nur persönlich wirksamen Erlaßvertrages anzunehmen sei). Aber was ist denn damit zu Gunsten des Schuldners vereinbart? Der Gläubiger sagt zu ihm: „ich erlasse Dir zwar Deinen Schuldantheil, allein ich fordere ihn von Deinen Mitschuldnern, und diese werden ihn demnächst von Dir wieder fordern." Damit ist aber doch der Sache nach kein Schulderlaß bewirkt und keine Schenkung vollzogen. Es liegt nur ein pactum de non petendo vor, und dem Schuldner ist materiell

höchstens eine Zahlungsfrist, und mitunter eine recht kurze gegeben. Die Motive erörtern sodann den weiteren Fall, daß vereinbart worden, der persönliche Erlaß solle gleichwohl in tantum objektiv wirken. Hier werde der den Erlaß gewährende Gläubiger, falls er dennoch das Ganze von einem anderen Gesammtschuldner beigetrieben habe, jenem Gesammtschuldner regreßpflichtig sein, wenn an demselben der Gesammtschuldner, welcher das Ganze leisten mußte, sich erholt habe. Dies ist unter Umständen wohl richtig, allein man muß noch weiter gehen, und im Fall eines solchen persönlich und sachlich zugleich wirkenden Erlasses den übrigen Mitschuldnern, die trotz jenes Erlasses vom Gläubiger auf den erlassenen und damit erloschenen Schuldantheil belangt werden, die klagabweisende Einrede des Erlasses einräumen. Dies alles ist klar und wegen der Klarheit, nicht aber wegen der angeblichen Seltenheit solcher Fälle ist eine gesetzliche Bestimmung entbehrlich. Allein in beiden Fällen handelt es sich nicht um unsere oben aufgeworfene Frage, was Rechtens sein solle, wenn es bei einem, einem Schuldnar gegenüber erklärten theilweisen Erlasse zweifelhaft geblieben ist, ob derselbe bloß ein persönlicher oder ein sachlicher sei. Meines Erachtens muß hier, wie oben gezeigt, das Gesetz die Vermuthung aufstellen, daß der Erlaß des Ratenantheils des beschenkten Schuldners der ganzen Forderung, und somit auch den übrigen Schuldnern zu Gute kommen solle.

4. Wir haben oben gesehen, daß der wirthschaftliche Zweck der Schaffung und Verbindung mehrerer Einzelthätigkeiten zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Ziels, der obligationsmäßigen Befriedigung des Gläubigers, ein doppelter sein kann, zunächst der der sicheren, vollständigeren und besseren Wahrung der Interessen des Gläubigers, und sodann der der Erleichterung der Einzelverpflichteten durch Vertheilung der erforderlichen Thätigkeit und Lasten nach gleichen oder ungleichen Theilen unter einander. Diese Interessen stehen sich nun schroff gegenüber und es wirft sich daher die Frage auf, wie in Ermangelung eines rechtsgeschäftlichen Parteiwillens ein solcher Konflikt durch die Gesetzgebung zu lösen sei. Würde das Gesetz mit Ignorirung der Interessen der Schuldner lediglich das Interesse des Gläubigers wahren wollen, so müßte es letzterem eine selbstständige und unabhängige Forderung gegen jeden einzelnen Schuldner geben, unbekümmert darum, wie und in welcher Weise diese unter sich die Erfüllung ihrer Schuld vorbereiten und ausführen. Er brauchte sich weder der Einrede der Theilung, noch der der mangelnden Theilnahme

der übrigen an der von ihm erstrebten, vorbereiteten oder begonnenen und theilweise ausgeführten Erfüllung oder gar der des aktiven Widerstandes derselben gegen diese Erfüllungsausführung auszusetzen. Würde sich aber das Gesetz lediglich durch das Interesse der Schuldner bestimmen lassen, so könnte es zu folgenden Satzungen gelangen. Entweder ließe es bei Obligationen mit theilbaren Schuldgegenständen (wie Geld) die Einrede der Theilung in einem so vollkommenen Umfange zu, daß jeder der Schuldner aus dem gemeinschaftlich eingegangenen Schuldverhältnisse überhaupt nur einen Ratentheil und diesen in durchaus selbstständiger und unabhängiger Weise verschuldete, so daß ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den Einzelschulden der gemeinschaftlich Kontrahirenden überhaupt nicht bestünde. Einen solchen Schutz kann indessen das Gesetz nicht gewähren, weil es damit die rechtliche Zulässigkeit der vertragsmäßigen Schaffung einer gemeinschaftlichen Schuld auf einem Nebenwege beseitigen würde. Oder es könnte einen gewissen Zusammenhang sämmtlicher schuldnerisch Kontrahirenden dahin anerkennen, daß im Fall der Ungültigkeit oder Unwirksamkeit einer oder der andern Einzelverpflichtung jeder der übrigen Kontrahenten nicht bloß die durch die Zahl aller Kontrahenten, sondern die durch die Zahl der gültig und wirksam Kontrahirenden sich bestimmende Rate, diese aber selbstständig und unabhängig von den andern Schuldnern verschulde. Daß dies ein sehr praktischer, bei eigentlichen Ratenverpflichtungen leicht verwerthbarer Gedanke ist, kann nicht bezweifelt werden. Schließlich aber könnte das Gesetz zwar die Verpflichtung aller Schuldner als eine rechtlich gemeinschaftliche anerkennen, die einzelnen Schuldner aber insofern schonen, als es jedem derselben gestattete, dem das Ganze fordernden Gläubiger die Einrede der Vorausklage der übrigen Mitschuldner auf deren Antheile entgegenzusetzen. Dies wäre nicht etwa eine im heutigen Verkehrsleben überwundene Weichherzigkeit des Gesetzgebers, nicht eine ungerechtfertigte Milde gegen den armen Schuldner, sondern nur die Anerkennung eines mit dem des Gläubigers gleichberechtigten Interesses der Schuldner an dem gleichmäßigen Zusammenwirken Aller zur Herbeiführung des vom Gläubiger beabsichtigten Zwecks. Man kann Dem nicht entgegenhalten, daß sich ja jeder Schuldner „solidarisch, auf das Ganze" verpflichtet habe, denn die Haftung auf das Ganze bliebe an sich durch die Einrede der Vorausklage unberührt, und nur ihre Wirksamkeit wäre statt einer primären eine eventuelle. Gerade dieser

Ausschluß der Einrede der Vorausklage thut im Leben so sehr wehe, er wird fast in allen Schichten des nicht handeltreibenden Volks als eine außerordentliche Ungerechtigkeit und als eine ganz grundlose Begünstigung der ruhig prüfenden und die Schuldscheine nach ihrem Interesse redigirenden Gläubiger auf Kosten der mit den Gefahren des Verkehrs nicht vertrauten, leicht vertrauenden und der Gesetzeskenntniß entbehrenden Schuldner betrachtet. Die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Einrede der Vorausklage ist keineswegs eine so leicht zu beantwortende, und verdient jedenfalls nicht die vornehme Art der Abschlachtung, die ihr mitunter zu Theil geworden ist. Selbst die Anhänger der Unzulässigkeitstheorie üben bei anderen Gelegenheiten die Milde gegen die Mitschuldner in noch viel höherem Maße als dieselbe bei der Einrede der Vorausklage zu Tage tritt, sie gestatten in manchen Fällen dem Schuldner, den das Ganze fordernden Gläubiger auf einen Mitschuldner zu verweisen, der thatsächlich besser in der Lage ist zu leisten, als er, ja sie heben sogar bloß wegen dieser besseren Leistungsfähigkeit die Verbindlichkeit des anderen Mitschuldners, für den die Leistung mit einigen Unbequemlichkeiten verbunden ist, geradezu auf. Oder ist es etwas anderes, wenn man den Mitentleiher einer Sache, die ein anderer Mitentleiher eigenmächtig diesem entzogen hat, von jeder weiteren Verbindlichkeit freispricht, und ihm gestattet, den Verleiher an denjenigen Mitentleiher zu verweisen, der die zurückzugebende Sache in Händen hat? Ist die größtmöglichste Sicherheit des Gläubigers durch Zusammenwirken mehrerer schuldnerischer Thätigkeiten wirklich der alleinige Zweck der gemeinschaftlichen Schuld, warum verpflichtet man dann nicht den Mitentleiher, dem ein anderer die Sache entzogen hat, seine ganze Sorgfalt und Thätigkeit eintreten zu lassen, um auf dem Wege des Selbstschutzes oder Prozesses die Sache wieder zu gewinnen und dem Verleiher zurückzugeben? Die gewerblichen und sonstigen wirthschaftlichen Unternehmungen, bei welchen der Kredit in höherem Maße in Anspruch genommen wird, werden ja meistentheils nur deshalb von Mehreren gemeinschaftlich betrieben, weil es den einzelnen an dem für den Betrieb des Ganzen erforderlichen Kapitale fehlt. Kommen sie im Laufe der Zeit in den Besitz eines solchen Kapitals, so pflegen sie die Gemeinschaft zu lösen, und jeder sucht, sich selbstständig zu machen. Wenn zwei Leute eine Dampfdreschmaschine für 5000 Mark kaufen, und etwa eine Anzahlung von 2000 Mark leisten, bezüglich des Rests von 3000 Mark aber sich solidarisch verpflichten,

so weiß jeder von ihnen, und der Verkäufer weiß es auch, daß keiner von ihnen in der wirthschaftlichen Lage ist, zur Verfallzeit den ganzen Betrag aus eigenen Mitteln zu bestreiten, jeder verläßt sich vielmehr darauf, daß der andere die Hälfte zahlen werde, und jeder betrachtet es als den Anfang seines Ruins, wenn er von seinem Gesellschafter im Stiche gelassen und vom Verkäufer auf den ganzen Kaufpreisrest belangt wird. Das weiß er wohl, daß er schließlich das Ganze zahlen muß, allein er betrachtet es als eine Forderung der einfachsten Gerechtigkeit, daß der Verkäufer zunächst den mit seinem Antheile säumigen Mitkäufer gerichtlich in Anspruch nehme, und an dessen sonstigem Vermögen, Grundstücken, Mobiliar und Ausständen sich zu erholen suche. Man kann nicht entgegenhalten, die kapitalschwachen Leute sollten von solchen ihre Kräfte übersteigenden gemeinschaftlichen Unternehmungen abstehen, denn das heutige Verkehrsleben zwingt geradezu die Menschen, und selbst die rechtschaffensten und solidesten, zu einem solchen Wagniß und zum Vertrauen auf ihre Mitunternehmer, und zum Vertrauen auf die Humanität und das billige Einsehen der kreditirenden Verkäufer. Wären alle Solidarschuldner wohlhabende und kapitalkräftige Leute, die durch die zeitweise Vorlage des Schuldantheils ihrer Genossen in keiner Weise genirt würden, so würde das Interesse der Juristen an der wissenschaftlichen Natur der Solidarobligation wahrscheinlich ein sehr geringes sein. Die Ueberzeugung von der Unbilligkeit des Ausschlusses der Einrede der Vorausklage tritt aber auch in foro nicht selten zu Tage. Wie leicht sind die Richter geneigt, bei Vergleichsverhandlungen auf den Gläubiger dahin zu wirken, daß er den Prozeß gegen den beklagten Mitschuldner so lange auf sich beruhen lasse, bis er die übrigen Mitschuldner auf deren Antheile ausgeklagt habe, oder daß er dem Beklagten eine geräumige Zahlungsfrist gebe, innerhalb welcher dieser die Klage auf Befreiung von seiner, seinen Antheil übersteigenden solidarischen Verbindlichkeit gegen die Mitschuldner durchführen könne. Es scheint mir daher völlig gerechtfertigt zu sein, daß die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Einrede der Vorausklage auf Grund der wirthschaftlichen Verhältnisse unseres Volkes einer ernstlichen Prüfung unterzogen, und nicht mit dem Hinweis auf die Vereinfachung und Praktikabilität des Rechts, die durch diese Einrede und eine Reihe feiner und subtiler Unterscheidungen in Bezug auf ihre Voraussetzungen gefährdet würden, einfach abgethan werde. Ich selbst muß mich freilich für's Erste

jedes Urtheils in einer oder der anderen Richtung enthalten, da ich mir zur Zeit noch nicht völlig klar bin, und vielleicht auch nicht die erforderliche Erfahrung besitze. Jedenfalls aber kann ich bezeugen, daß es nicht wenige Anwälte giebt, die ein gewisses, aus der Erkenntniß der Verletzung der Billigkeit entspringendes Unbehagen empfinden, wenn sie in Gemäßheit des ihnen ertheilten Auftrags in die Nothwendigkeit der Verfolgung eines einzelnen Solidarschuldners — obwohl die Klage gegen alle gerichtet werden könnte — versetzt werden. Andrerseits hat aber auch, was nicht in Abrede zu stellen ist, die strenge Natur der handelsrechtlichen Solidarhaft nicht wenig dazu beigetragen, das Gemüth der Juristen gegen jene Anforderungen der Billigkeit einigermaßen abzustumpfen. Bei der Prüfung jener Frage wird man zwar über einige Punkte sofort klar sein, so z. B. darüber, daß ein Deliktsschuldner, und wenn er sich auch nur in ganz geringer Weise beim Delikt betheiligt hatte, dieser Einrede sich nicht bedienen kann, während sie den Schuldnern bei Schuldverhältnissen „aus anderen Gründen" wohl zukommen muß. Wie ist es aber bei Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäften überhaupt, aus Rechtsgeschäften unter Lebenden und aus Verträgen insbesondere? Welchem Kontrahenten soll es obliegen, sein Interesse durch besondere Vereinbarung zur Geltung zu bringen, soll der Gläubiger einen Verzicht der Mitschuldner auf die Einrede der Vorausklage erwirken, oder sollen diese lediglich unter Vorbehalt der nur eventuellen Haftung jedes einzelnen für die Schuldantheile der andern solidarisch sich verpflichten? Wofür soll in Ermangelung einer besonderen Vereinbarung die Vermuthung sprechen? Diese Fragen sind werth, bei einer Revision des Entwurfs einer eingehenden Prüfung unterzogen zu werden.

B. Die Einzelverpflichtungen.

§ 14.

Aus der rechtlichen Natur der gemeinschaftlichen Schuld, wonach dieselbe lediglich eine Verbindung mehrerer Einzelverpflichtungen zum gemeinschaftlichen Zwecke der Befriedigung des Gläubigers ist, ergiebt sich die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit jeder Einzelverpflichtung in allen übrigen Beziehungen. Diese Selbstständigkeit und Unabhängigkeit ist keineswegs eine so absolute, daß jede Einzelverpflichtung den Charakter einer Individualschuld annähme, es muß vielmehr jede Einzelverpflichtung stets als einer der Faktoren zur Herbeiführung

der Befriedigung des Gläubigers betrachtet werden. Der Entwurf mit seiner Verpflichtung jedes einzelnen Schuldners zur Leistung des Ganzen steht auf dem Standpunkt der Individualschuld und hat denselben, freilich im Widerspruch mit der Bezeichnung der Schuld als einer „Gesammtschuld" und, wie wir früher gesehen haben, im Widerspruch mit der Auffassung des Lebens konsequent durchzuführen gesucht. Jene Beziehungen, in welchen sich die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Einzelverpflichtungen offenbart, sind verschieden, sie betreffen theils den subjektiven, theils den objektiven Thatbestand des Schuldverhältnisses. Was

1. den subjektiven Thatbestand betrifft, so wird die Entstehung der gemeinschaftlichen Schuld für die übrigen am Schuldverhältniß schuldnerisch Betheiligten dadurch prinzipiell nicht ausgeschlossen, daß sie in der Person eines andern Betheiligten wegen eines subjektiven Mangels (Wahnsinn oder sonstige Geschäftsunfähigkeit, Irrthum) nicht zur Entstehung gelangt. Der den übrigen Betheiligten hieraus erwachsende Nachtheil ist auf Grund des zwischen ihnen und dem Nichtverpflichteten bestehenden Rechtsverhältnisses auszugleichen und eventuell von jenen allein zu tragen. Entwurf und Motive erkennen jenes Prinzip an. Erstere sagen: „Die Verpflichtung des einen Gesammtschuldners kann ungültig sein, ohne daß deshalb auch die Verpflichtung der übrigen Gesammtschuldner ungültig sein müßte." Der Entwurf sagt dasselbe mit einer veränderten Wortstellung: § 322 Abs. 2 „Die Verpflichtung des einen Gesammtschuldners wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Verpflichtung der übrigen Gesammtschuldner nicht zur Entstehung gelangt ist." Die Wortstellung der Motive ist der des Entwurfs vorzuziehen, denn es wird doch zu den praktischen Seltenheiten gehören, daß bei einer größeren Zahl von Kontrahenten die Verpflichtung nur eines einzigen entsteht, die der übrigen (also aller anderen) nicht entsteht. Auch kann man doch wohl nicht von der Nichtentstehung einer Verpflichtung der übrigen Gesammtschuldner reden. Ich schlage daher, vorbehältlich der Konzentirung aller Merkmale der Selbstständigkeit der Einzelverpflichtungen in einem Paragraphen vor: „Durch die Nichtentstehung der Verbindlichkeit eines schuldnerisch Betheiligten wird die Verpflichtung der übrigen Schuldner nicht ausgeschlossen."

Durch den Tod eines Mitschuldners wird der Regel nach die Einzelverpflichtung des Erben gegenüber dem Gläubiger nicht aufgehoben, und es bleibt daher an sich auch die gemeinschaftliche Schuld

der übrigen Mitschuldner unberührt. Ist jedoch der Gläubiger Erbe des Einzelverpflichteten geworden, so fällt die Einzelverpflichtung in Folge Vereinigung (§ 291) aus der gemeinschaftlichen Schuld aus, diese aber bleibt unberührt, weil eine Gemeinschaft des Schuldverhältnisses nur in Bezug auf die Befriedigung des Gläubigers besteht. Der späteren Ausgleichung ist die Bestimmung des auf den Gläubiger als Erben fallenden Antheils an der gemeinschaftlichen Schuld vorbehalten. Der Entwurf sagt daher im § 333 mit Recht: „Die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person eines Gesammtschuldners wirkt nicht für die übrigen Gesammtschuldner," — und man würde diesen Paragraphen beibehalten müssen, wenn er nicht, wie dies unten versucht werden soll, konzentrirter gefaßt werden könnte. Handelt es sich jedoch um ein Schuldverhältniß, welches ausnahmsweise durch den Tod des Schuldners erlischt, weil das Gesetz oder ein Rechtsgeschäft oder die Natur der Leistung dies zuläßt oder verlangt (§ 292), so ist der dadurch bewirkte Ausfall der Einzelverpflichtung für den Fortbestand der gemeinschaftlichen Schuld der andern Schuldner keineswegs ein stets einflußloses Ereigniß, namentlich dann nicht, wenn eigentlich persönliche Leistungen den Gegenstand des Schuldverhältnisses bilden. Für einige Fälle hat der Entwurf schon hinlänglich Sorge getragen, wie beispielsweise für die Hinterlegung, indem der Verwahrer schon vor Ablauf der vereinbarten Verwahrungszeit die Zurücknahme der hinterlegten Sache fordern kann, wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falles das Verlangen rechtfertigender Grund vorliegt (§ 625), und als solcher Grund wohl der Tod des mitverwahrenden Hausgenossen erscheint, wenn man bei Abschluß des Vertrags auf sein Mitwirken bei der Aufbewahrung ein wesentliches Gewicht gelegt hatte. Aehnlich die Kündigung des Auftrags Seitens des Beauftragten vor vertragsmäßig bestimmter Zeit (§ 598 Mot. S. 545). Das Kündigungsbedürfniß im Falle des Todes eines Mitschuldners macht sich aber auch noch bei andern Schuldverhältnissen geltend, wie insbesondere bei der Miethe (zu § 526), doch muß man von der Aufstellung desfallsiger allgemeiner Grundsätze in der Lehre von der gemeinschaftlichen Schuld absehen, und diese Frage bei den einzelnen Schuldverhältnissen zum Austrage bringen.

2. Die Unabhängigkeit und Selbstständigkeit der Einzelverpflichtungen erweist sich aber auch in manchen Beziehungen am objektiven Thatbestand des gemeinschaftlichen Schuldverhältnisses. So bestimmt der Entwurf im § 322 Absatz 1 ganz richtig: „Der eine Gesammt-

schuldner kann schlechthin, der andere unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung, oder jeder unter einer anderen Bedingung oder Zeitbestimmung verpflichtet sein"; im § 334: „Die nur in der Person eines Gesammtschuldners eingetretene Unmöglichkeit der Leistung wirkt nicht für die übrigen Gesammtschuldner. Die durch einen Gesammtschuldner verschuldete völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung wirkt für die übrigen Gesammtschuldner als zufällige Unmöglichkeit"; im § 335: „Die gegen einen Gesammtschuldner eingetretene Unterbrechung der Verjährung, sowie die in Ansehung eines Gesammtschuldners eingetretene Hemmung der Verjährung wirkt nicht gegen die übrigen Gesammtschuldner"; im § 336: „Die für einen Gesammtschuldner eingetretene Verjährung wirkt nicht für die übrigen Gesammtschuldner;" im § 325: „Fällt nur einem oder einigen Gesammtschuldnern ein Verschulden zur Last, so wird wegen dieses Verschuldens nicht von den übrigen Gesammtschuldnern gehaftet"; im § 326 Absatz 2: „Die von Seiten des Gläubigers gegenüber einem Gesammtschuldner erfolgte Kündigung oder Mahnung, sowie der Verzug eines Gesammtschuldners wirken nicht gegen die übrigen Gesammtschuldner";[29]) und im § 327: „Das zwischen dem Gläubiger und einem Gesammtschuldner ergangene rechtskräftige Urtheil wirkt

[29]) Wenn der Entwurf noch weiter bemerkt, daß auch das Anbieten der Leistung von Seiten eines Gesammtschuldners nicht für die übrigen Gesammtschuldner wirke, so handelt er von seinem Standpunkte der Individualschuld aus ganz konsequent, allein diese Bestimmung ist praktisch ganz ungerechtfertigt. Man denke sich nur den Fall, der Gläubiger habe seine sämmtlichen Geldschuldner zur Zahlung aufgefordert, diese seien zusammengetreten, jeder hätte seinen Antheil gezahlt und einer derselben habe nun die ganze Summe durch Posteinzahlung mit dem Vermerk: „Anbei meine Schuld" an den Gläubiger gesandt. Soll im Fall der Annahmeverweigerung der Gläubiger lediglich dem Einsender gegenüber in Verzug kommen, und sollen die andern Schuldner im Zahlungsverzug sein? Oder: Der Gläubiger ersucht die Gebrauchsleiher um Zusendung der geliehenen Sache; einer derselben schickt sie unter nachträglicher Benachrichtigung seiner Mitentleiher an den Gläubiger. Dieser verweigert rechtswidrig die Annahme. Die Sache geht beim Rücktransport durch einen Zufall zu Grunde. Der Sender brauchte dafür nicht zu haften, wohl aber nach der Ansicht des Entwurfs die übrigen Entleiher nach § 251. Ein solches Resultat wird gewiß Niemand billigen. Wenn es trotzdem der Individualschuld entspricht, so muß dieser Standpunkt falsch sein. Nach unserer Auffassung ist das Anbieten der Leistung Seitens auch nur eines Mitschuldners selbst dann, wenn er dabei auch nicht Namens der übrigen aufgetreten ist, eine gemeinschaftliche Handlung aller, der Anfang oder ein Theil der gemeinschaftlichen Erfüllungshandlung.

nicht für und nicht gegen die übrigen Gesammtschuldner", welchem Urtheil man den Vergleich gleichstellen kann.

In allen diesen Paragraphen hat der Gedanke der Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Einzelverpflichtungen von einander seinen Ausdruck in der Klausel gefunden: der und der bei einer Einzelverpflichtung zur Erscheinung gelangende und auf sie einwirkende Umstand wirkt oder wirkt nicht für oder gegen die übrigen Gesammtschuldner. Schon nach den Grundsätzen der Oekonomie empfiehlt sich eine Konzentration aller jener Umstände in einem einzigen Paragraphen, mehr aber noch gewinnt durch eine solche knappe Zusammenfassung das Verständniß der Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Einzelverpflichtungen. Ich schlage daher an Stelle jener Paragraphen folgende Fassung vor:

§ 322.

„Von der besonderen Beschaffenheit der Einzelverpflichtung zur Zeit ihrer Entstehung (insbesondere Ungültigkeit oder Unwirksamkeit, Bedingtheit, Zeit oder sonstige Nebenbestimmung), und von einer nachträglichen Einwirkung auf dieselbe durch rechtsgeschäftliche Handlungen des Gläubigers oder eines Mitschuldners oder beider (insbesondere Kündigung, Mahnung, Unterbrechung der Verjährung, Urtheil, Vergleich oder Erlaß) oder durch rechtswidrige Handlungen eines Mitschuldners (insbesondere Verzug oder Verschulden) oder durch zufällige oder sonstige Ereignisse (insbesondere persönliche Leistungsunmöglichkeit, Verjährung, Hemmung der Verjährung, Wegfall einer Einzelverpflichtung in Folge Todes eines Mitschuldners oder Vereinigung) werden die Verpflichtungen der übrigen Mitschuldner, sofern durch Gesetz oder Rechtsgeschäft nichts Anderes bestimmt ist, nicht berührt."

C. Die Gemeinschaft der Mitschuldner.

§ 15.

Bereits im § 2 dieses Gutachtens ist erwähnt worden, daß der Entwurf, freilich auf Umwegen und durch „praktische Erwägungen" geleitet, ein Prinzip über das innere Verhältniß der mehreren Mitschuldner statuirt, dem zu Folge dieselben in Ermangelung gegen-

theiliger Bestimmung von vornherein mit der Begründung des Gesammtschuldverhältnisses einander zur erforderlichen Mitwirkung und Beitragung bei der Leistung und zwar zu gleichen Antheilen, und im Falle einer über den gleichen Antheil hinausgehenden Leistung zu einer Ausgleichung verpflichtet sind. Der Entwurf erkennt damit eine Gemeinschaft der Mitschuldner zum Zwecke der gemeinschaftlichen Befriedigung des Gläubigers an. Damit ist aber sein ganzes System der Individualschuld aufgegeben. Wäre die Gesammtschuld des Entwurfs lediglich eine Individualschuld jedes einzelnen Schuldners zur Bewirkung der ganzen Leistung, so würde es nun und nimmermehr gerechtfertigt werden können, daß dem das Ganze leistenden Schuldner ein Regreß gegen seine Mitschuldner auf gewisse Antheile gegeben werde, für einen solchen Regreß müßte vielmehr stets das konkrete, zwischen den Mitschuldnern bestehende Rechtsverhältniß maßgebend sein.

Die Bestimmungen des § 337 Entw. über jene Schuldnergemeinschaft und ihre Wirkungen sind durchaus zu billigen. Dagegen verursacht die Vorschrift des § 338: „Haften Mehrere als Gesammtschuldner für Schadensersatz aus einer widerrechtlichen Handlung, so steht Demjenigen, welcher vorsätzlich gehandelt hat, ein Ersatzanspruch gegen die übrigen Gesammtschuldner nicht zu", mehrere Bedenken. Wie bereits im § 10 hervorgehoben, fordert die höhere Gerechtigkeit, daß nicht einer der mehreren Delinquenten die civilrechtliche Last des gemeinschaftlichen Delikts allein trage, und die übrigen gleichsam straffrei ausgehen, es wird vielmehr der Grundsatz aufzustellen sein, daß jeder Delinquent nach dem Grade seines Verschuldens und dem Antheil, den er an der Schadenserzeugung gehabt, zu haften habe. Stehen sich in dieser Beziehung alle gleich, so haften sie unter einander zu gleichen Antheilen, besteht aber dort eine Verschiedenheit, so muß dieselbe auch hier ihren Ausdruck finden. Das Nähere kann selbstverständlich nur dem richterlichen Ermessen des Einzelfalls überlassen werden. Das Volk wird es nicht begreifen können, daß der im Affekt und blos als Gehülfe handelnde Körperverletzer keinen Regreß haben solle gegen den eigentlichen Thäter, der mit Vorbedacht und Grausamkeit die schwere Körperverletzung vollführt hat, oder daß dem zum Verbrechen Verleiteten gegen den Anstifter, oder dem Diebe gegen den Hehler, dem die ganze Beute zu gut gekommen ist, ein Regreß nicht zustehen solle. Bereits das Schweizerische Bundesgesetz schreibt in Art. 60 vor: „Ob und in welchem Umfange Dem-

jenigen, welcher bezahlt hat, ein Regreß gegen die Mitschuldigen zustehe, wird durch richterliches Ermessen bestimmt." Ich schlage vor:

§. 338.

„Haften Mehrere als gemeinschaftliche (Gesammt-) Schuldner für Schadensersatz aus einer widerrechtlichen Handlung, so wird der Schuldantheil jedes einzelnen nach dem Grade seines Verschuldens und seinem Antheil an der Entstehung des Schadens durch richterliches Ermessen bestimmt."

Das Schadensersatzrecht des Entwurfs.

Von Rechtsanwalt Dr. Georg Schmidt in Dresden.

Wenn ich an die Lösung der mir gestellten Aufgabe: die Bestimmungen des Entwurfs über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen (Dritter Abschnitt §§ 704—736) zu begutachten, gehe, so kann dies nur vom Standpunkte des einfachen Praktikers aus geschehen. Die für das Schadensersatzrecht maßgebenden Grundbegriffe gehören nicht bloß dem bürgerlichen Rechte an, sondern ragen sowohl in das Strafrecht, als in die Volkswirthschaftslehre und in die Philosophie hinüber; im Schadensersatzrechte stehen ganz entgegengesetzte Grundgedanken unvermittelt gegenüber; in keinem Rechtsgebiete auch ist wohl der Gegensatz zwischen Juristenrecht und dem Rechtsbewußtsein des Volkes ein schärferer. Daß unter solchen Umständen auch die Litteratur des Schadensersatzrechtes eine überreiche ist, ist begreiflich und es kann dem Praktiker wohl kaum zugemuthet werden, diese Litteratur in vollem Umfange zu beherrschen.

Zwei Hauptgrundsätze sind es, welche sich im Schadensersatzrechte schroff gegenüberstehen und je nachdem der eine oder der andere zur Geltung kommt, der Entwickelung des ganzen Rechtsgebietes eine bestimmte Richtung geben.

Auf der einen Seite der Grundsatz des Römischen Rechts, den Jhering[1]) in die treffenden Worte kleidet: Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld, das subjektive oder Schuld-Prinzip; auf der anderen Seite der Grundsatz des alten Deutschen Rechts: daß Jeder den einem Anderen widerrechtlich zugefügten Schaden ersetzen muß, selbst dann, wenn ihn keine Schuld trifft[2]), das objektive oder Veranlassungs-Prinzip.

Mit dem Einzuge des stark subjektivistisch ausgeprägten Römischen

[1]) Das Schuldmoment im römischen Privatrechte S. 40.

[2]) Stobbe: Deutsches Privatrecht Band III S. 375 flg.

Rechts in Deutschland ist das objektive Schadensersatzprinzip des Deutschen Rechts von der Bildfläche verschwunden und das Schuldprinzip ist dem gemeinrechtlichen Juristen so sehr in Fleisch und Blut übergegangen, daß die Bestimmung in § 1517 des revidirten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, in welcher der schüchterne Versuch gemacht wurde, in Anlehnung an das Preußische Landrecht (I 16 § 41/3), dem Veranlassungsprinzip eine, wenn auch nur bedingte, Konzession zu machen, von Unger[3]) als „eine Ruine des älteren germanischen Rechtssystems, welche in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herüberragt", zurückgewiesen und daraufhin von der Regierung ohne jeden Versuch der Vertheidigung fallen gelassen werden konnte.

Hatte aber schon das Römische Recht im Gebiete des Schadensersatzrechts einige vom Standpunkte des Schuldprinzips höchst bedenkliche Auswüchse z. B. actio de dejectis et effusis, actio de pauperie, cautio damni infecti, operis novi nuntiatio receptum nautarum, cauponum stabulariorum gezeitigt, deren objektivistischen Hintergrund die Romanisten mit der größten Mühe hinwegzudisputiren versucht haben[4]), so war es dem Preußischen Allgemeinen Landrechte vorbehalten, die erste Bresche in das gemeinrechtliche Schuldprinzip zu legen, indem es im 6. Titel des 1. Theils § 41 flg. die Haftbarkeit Handlungsunfähiger für den durch sie angerichteten unmittelbaren Schaden, wenn auch nur unter gewissen Beschränkungen festsetzt. Dem Preußischen Landrechte folgte das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch mit der Bestimmung des Artikels 1310, daß, wenn der durch Wahn- oder Blödsinnige oder Kinder Beschädigte von den zu deren Ueberwachung verpflichteten Personen wegen Vernachlässigung ihrer Pflicht Entschädigung nicht erlangen kann, der Richter unter Berücksichtigung des Vermögens des Beschädigers und des Beschädigten auf den ganzen Ersatz oder doch einen billigen Theil desselben erkennen soll. Von den neueren Gesetzgebungen trafen das Züricher Obligationenrecht (Art. 1835) und das Schweizerische Obligationenrecht (§ 50 jct. 58) ähnliche Bestimmungen, indem sie zwar im Prinzip die Verschuldung als Voraussetzung der Schadensersatzpflicht feststellen, aber ausnahmsweise bezw. aus Rücksichten der Billigkeit es zulassen, daß auch beim

[3]) Der revidirte Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen S. 12.

[4]) Dreyer. Gutachten, Verhandlungen des 17. Deutschen Juristentags Band I S. 94.

Mangel einer Verschuldung dem Schädiger bez. einer nicht zurechnungsfähigen Person nach freiem richterlichen Ermessen der Schadensersatz ganz oder theilweise auferlegt werde. Auch der Entwurf zu dem gegenwärtig geltenden Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen hatte, wie bereits bemerkt, das Schuldprinzip insofern verlassen, als er in § 1517 bestimmte, daß auch der Unzurechnungsfähige für den durch ihn verursachten Schaden aufzukommen verpflichtet sei, insoweit nicht hierdurch seine eigene Subsistenz bez. die seiner Familie gefährdet werde. Endlich aber ist durch das Reichsgesetz betreffs die Verbindlichkeit zum Schadensersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen, vom 7. Juli 1871, das Schuldprinzip, wenn auch nur für eine bestimmte Kategorie von Fällen, ganz entschieden durchbrochen und das Veranlassungsprinzip vorbehaltslos angenommen worden. Und wenn das öffentliche Rechtsbewußtsein immer dringender die Erlassung eines Gesetzes verlangt, durch welches der Staat verpflichtet werden soll, dem unschuldig zu einer Strafe Verurtheilten Ersatz für die durch die Strafe erlittene Einbuße zu leisten, so kann der Grund einer solchen Schadensersatzpflicht auch nur in dem Veranlassungsprinzip gesucht werden.

Aus dem vorstehend Ausgeführten ergiebt sich, daß die Herrschaft des romanistischen Schuldprinzipes im Gebiete des Schadensersatzrechts nicht mehr unbedingt anerkannt wird.[5]) Jetzt aber, wo ein einheitliches bürgerliches Recht für ganz Deutschland, ein nationales Recht geschaffen werden soll, ist es an der Zeit, mit den romanistischen Ueberlieferungen ganz zu brechen und den alten deutschen Rechtsanschauungen wieder Geltung zu verschaffen, um so gewisser, als, wie jedem Praktiker zur Genüge bekannt ist, jene romanistischen Ueberlieferungen im Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes niemals Wurzel geschlagen haben, dieses Rechtsbewußtsein vielmehr dem geltenden Schadensersatzrechte gegenüber von einem großen Mißtrauen erfüllt ist und es in vielen Beziehungen als ein Unrecht empfindet. Das Bedürfniß einer Umkehr zu den germanischen Rechtsgedanken ist auch von namhaften Juristen — und darunter ganz entschiedenen Romanisten — unumwunden anerkannt worden.[6])

[5]) Vergl. auch Steinbach: Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden S. 36.

[6]) Baron, die Haftung für custodia im Archiv f. civ. Praxis Bd. 52 S. 93. — Bruns in Holtzendorffs Encyklopädie III. Aufl. S. 410. — Gierke

Das romanistische Dogma: nur die Schuld verpflichtet zum Schadensersatz, der nicht verschuldete Schaden ist für den Beschuldigten ein Zufall, den er tragen muß, ist ein Axiom, das in der modernen Rechtsanschauung keinen Boden mehr hat. Ist es nicht dem natürlichen Gerechtigkeitsgefühle viel entsprechender, zu statuiren, daß derjenige das Unglück tragen muß, der es verursacht und durch dessen Person es sich ereignet hat, als derjenige, in dessen Person es sich nicht ereignet hat?[7]) Und wenn, wie Heyßler[8]) treffend ausführt, für das Civilunrecht konstitutiv nur das äußerliche reale Moment: thatsächliche Verrückung des thatsächlichen Rechtsbestandes ist und die Willensbestimmung in diesem Begriffe nur eine zufällige (qualifizirende) Bedeutung hat, wenn man den begrifflichen Gegensatz erwägt, welcher zwischen Civilunrecht und Kriminaldelikt, zwischen Schadensersatz und Strafe besteht, und wenn man erwägt, daß die Verpflichtung zum Schadensersatze sich als eine Reparationsverbindlichkeit[9]) darstellt, so führt dies alles zu dem Ergebnisse, daß die Verpflichtung zum Schadensersatze ihrem Wesen nach von der Schuld nicht abhängig gemacht werden kann.[10])

Als ein Ausfluß des subjektivistischen Schuldprinzips erscheint es mir auch, wenn das gemeine Recht eine Verbindlichkeit zum Ersatze nur hinsichtlich des Vermögensschadens, des Schadens, welcher sich unmittelbar in Geld umsetzen läßt, anerkennt. Zwar gehen die neueren auf gemeinrechtlichen Grundlagen beruhenden Kodifikationen: das Preußische Landrecht (I. Th. 6 § 1), das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch (§ 1293) und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch (§ 124) etwas darüber hinaus, indem sie auch für Schäden am Körper, an Freiheit und Ehre Ersatzansprüche geben. Die übrigen sogenannten im-

in Schmollers Jahrbüchern 12. Jahrg. S. 131; 13. Jahrg. S. 249. — Ihering in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 18 S. 41 flg. — Lehmann, der Nothstand des Schädensprozesses S. 56. — Mayer, Verhandlungen des 17. Deutschen Juristentages Bd. II. S. 124 flg. — Meyer, Beiträge zur Lehre vom Schadensersatz in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 235 flg. — Strohal, Gutachten, dem österreichischen Advokatentage erstattet, Wien 1880, S. 138. — Thon, Rechtsnorm S. 105 flg.

[7]) Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts S. 169.

[8]) Das Civilrecht und seine Formen S. 15.

[9]) Binding, Normen, Bd. I. S. 207 flg.

[10]) Vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus legt Mataja: das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie S. 19 flg. die Unrichtigkeit der Regeln: casum sentit dominus, casus a nullo praestatur dar.

materiellen Lebensgüter aber lassen sie schutzlos. Mein Vergnügen, meine Bequemlichkeit, meine Seelenruhe sind vogelfrei, Jeder darf sie mir stören, darf mir Aerger, Sorge und Kummer, darf mir schlaflose Nächte bereiten, ohne daß ich dafür einen Ausgleich erlangen kann.

Allerdings sind seelische Empfindungen und Geld nicht gleichwerthige Größen. Allein wenn das Geld nicht selbst Genuß, sondern nur das Mittel ist, sich einen Genuß zu verschaffen und wenn das durch eine widerfahrene Kränkung erweckte Unlustgefühl durch einen anderen Genuß ausgeglichen werden kann, weshalb soll dann der, der mir das Unlustgefühl verursacht hat, nicht gehalten sein, mir die Mittel zu einem Genusse zu gewähren, durch welchen dieses Unlustgefühl aufgehoben wird? Gegen die gemeinrechtliche Doktrin — die übrigens nach Jhering[11]) lediglich auf einer mißverstandenen Notiz des Gajus beruht, dem Römischen Rechte aber fremd war — und für die Verpflichtung zum Ersatze auch von Schädigung der immateriellen Lebensgüter haben sich nun auch namhafte Rechtslehrer und darunter auch Romanisten entschieden ausgesprochen.[12])

Von dem Entwurfe war nun jedenfalls zu erwarten, daß er dem Standpunkte, welchen, wie im Vorstehenden dargelegt ist, Doktrin und Praxis in Bezug auf die Reformbedürftigkeit des geltenden Schadensersatzrechtes einnehmen, Rechnung tragen werde. Aber diese Erwartung ist leider auf das Gründlichste getäuscht worden. Der Entwurf steht, was das Grundprinzip der Schadensersatzpflicht anlangt, vollständig auf dem Boden des Gemeinen Rechts und hat sich in Bezug auf die Frage, für welche Güter Schadensersatz zu leisten ist, nicht über die Gesichtspunkte der gemeinrechtlichen Kodifikationen erhoben. Und so sehr sind die Verfasser des Entwurfs von der aus-

[11]) Jhering: ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 18 S. 41, 77 flg.

[12]) Bruns: Das heutige Römische Recht in v. Holtzendorff's Encyclopädie III. Aufl. § 49 S. 410. — Jhering: a. a. O. S. 41 flg. — Kohler: Patentrecht S. 651. — Lehmann: Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter. — Strohal: in „Drei Gutachten, dem österreichischen Advokatentage erstattet" S. 146. — Gierke: a. a. O. Jahrg. 13 S. 694 flg. — Liszt: Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht in Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich 5. Heft S. 33. — Meyer: Beiträge zur Lehre vom Schadensersatze nach österreichischem Recht in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht von Grünhut Bd. 8 S. 229.

schließlichen Richtigkeit der von ihnen zum Grunde gelegten Rechtsanschauungen durchdrungen, daß in den sonst so eingehenden Motiven der abweichenden Grundsätze nicht einmal gedacht ist.

Ich gehe nun auf den Entwurf selbst ein:

Derselbe giebt im ersten Titel des dritten Abschnittes, welcher die §§ 704—721 umfaßt, die allgemeinen Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatze an.

§ 704 stellt das Grundprinzip fest. Er lautet:

„Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung einem Anderen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht.

Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Andern verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war. Als Verletzung eines Rechts im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen."

Das Verständniß dieser Bestimmungen wird beim Lesen derselben kaum einem Juristen, geschweige denn einem Laien, für die das Gesetzbuch doch auch geschrieben wird, aufgehen. Denn die „Zufügung eines Schadens" von der im 1. Absatze die Rede ist, ist doch nothwendig auch von der „Verletzung des Rechts eines Andern", die Absatz 2 behandelt, bedingt; es wird gar kein Unterschied zwischen dem, auf was sich die beiden Absätze beziehen, ersichtlich. Die Motive — II 727 flg. — belehren uns nun aber, daß sich Absatz 2 auf die sog. absoluten Rechte, Absatz 1 auf alle übrigen nicht absolut geschützten individuellen Rechte bez. deren Verletzung bezieht. In den Motiven ist diese Unterscheidung folgendermaßen begründet: „Aus der vorsätzlichen oder fahrlässigen Begehung der widerrechtlichen Handlung folgt jedoch die Verpflichtung zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens nur dann, wenn eine Schadenszufügung vorausgesehen ist oder bei der Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters vorausgesehen werden mußte (§ 704 Absatz 1).

Liegt aber dieser Fall vor, dann kann es nicht mehr darauf ankommen, ob auch der Umfang des verursachten Schadens vorauszusehen war. Der Thäter, einmal vorsätzlich oder fahrlässig verletzend, ist dann für jeden dem Beschädigten durch die Handlung verursachten Schaden verantwortlich und es bleibt nur übrig, den ursachlichen Zusammenhang zwischen der Handlung und dem Schaden festzustellen. Der zweite Absatz des § 704 scheint darüber hinauszugehen. Er geht jedoch nur insofern etwas weiter, als in der Verletzung des absoluten Rechts eines Andern durch die begangene widerrechtliche Handlung in allen Fällen schon ein schädlicher Erfolg der Handlung gesehen werden soll, welcher in Konsequenz des im ersten Absatze ausgesprochenen Grundsatzes zum Ersatze des ganzen dem Berechtigten durch die Rechtsverletzung verursachten Schadens verpflichtet. Diese Auffassung rechtfertigt sich durch die unmittelbare Richtung der Handlung gegen das Recht des Beschädigten und den einem solchen zu gewährenden Schutz". Eine Begründung kann man diese Ausführungen in der That nicht nennen und es ist nicht zu verstehen, wie der Entwurf an die doktrinäre Eintheilung der Rechte in solche, welche absoluten Schutz genießen und solche, bei denen das nicht der Fall ist, eine verschiedene Formulirung der Voraussetzungen für den Eintritt der Schadensersatzpflicht knüpfen kann, umsoweniger als Wesen und Umfang der sog. absoluten Rechte keineswegs völlig klar gestellt sind. Unbedingt zu tadeln ist es aber, daß aus der Fassung des Entwurfs nicht selbst schon hervorgeht, was unter dem „Rechte eines Anderen" in Absatz 2 zu verstehen ist.

Von welchen unrichtigen begrifflichen Voraussetzungen der Entwurf ausgeht und wie seine Bestimmungen „den an sich einfachen und klaren Sachverhalt verdunkeln und verwirren" haben Liszt[13]) und Gierke[14]) treffend dargelegt, so daß ich mich hier auf wenige Bemerkungen beschränken kann.

Der Begriff „Vorsatz" wird vom Entwurf selbst nicht bestimmt. Die Motive I S. 280 geben aber dahin Aufschluß, daß der Entwurf als „Vorsatz" die auf die Vornahme einer Handlung oder die Herbeiführung eines Erfolgs gerichtete Willensbestimmung bezeichnet. Daß darin zwei begrifflich verschiedene Beziehungen des Willens, nämlich die Beziehung des Willens auf die konkrete, den Erfolg verwirklichende Thätigkeit und die Beziehung des Willens auf den vorge-

[13]) a. a. O. S. 14 flg., 34 flg., 38 flg.

[14]) a. a. O. Jahrg. 13 S. 250.

stellten und gewollten Erfolg untereinander geworfen sind, hat Liszt [15]) mit Recht betont. Ich glaube aber, daß es, wenn man diese beiden Beziehungen des Willens überhaupt unterscheidet und vom Vorsatz nicht in dem weiteren Sinne spricht: daß das durch menschliches Thun Verursachte im Wissen und Wollen des Thäters gelegen habe, es nicht zutreffend ist, zu sagen — wie dies Liszt thut — daß man von Vorsatz nur in Bezug auf den vorgestellten Erfolg sprechen kann. Vielmehr ist als Vorsatz die auf die konkrete den Erfolg verwirklichende Thätigkeit gerichtete Willensbeziehung, die auf den vorgestellten und gewollten Erfolg gerichtete Willensbeziehung aber als Absicht zu bezeichnen [16]). Deshalb ist es richtig, wenn der Entwurf in § 704 von einer „aus Vorsatz begangenen widerrechtlichen Handlung" spricht, indem er damit den Willen auf die Thätigkeit bezieht.

Sehr sarkastisch wird „der gute Hausvater", dessen Sorgfalt nach § 144 des Entwurfs den Maßstab für die Fahrlässigkeit bildet, von Gierke [17]) und Liszt [18]) behandelt. Den richtigen deutschen Durchschnittsphilister nennt ihn Liszt, der keine Seitensprünge macht, pünktlich die Steuern bezahlt, den Nachtwächter freundlich grüßt, die Schlüsselgewalt der Hausfrau überläßt und die Hauskinder wohlwollend verzieht, sich des Sonntags Nachmittags zum Fenster herauslegt, die Hauskappe auf dem Kopfe, die lange Pfeife im Munde. Und in der That, es ist hohe Zeit, daß wir den hochverdienten Mann, vor dem jeder aus der Studentenzeit her noch eine gewisse Hochachtung im Busen trägt, in den wohlverdienten Ruhestand versetzen. Die Aufstellung eines abstrakten Maßstabes für die Fahrlässigkeit, wie er im „ordentlichen Hausvater" gegeben, ist unter allen Umständen falsch, denn ganz abgesehen davon, daß zunächst bestimmt werden müßte: was oder wie ist überhaupt ein „ordentlicher Hausvater", so kann da, wo es sich um die Bemessung der von dem Einzelnen in Bezug auf Dritte zu erwartenden Sorgfalt handelt, das Verhalten in Bezug auf die eigenen Angelegenheiten schon an sich einen Maßstab nicht abgeben [19]). Vielmehr muß, wenn es sich

[15]) a. a. O. S. 18.

[16]) Hälschner, Gemeines Deutsches Strafrecht Bd. I S. 277.

[17]) a. a. O. Jahrg. 13 S. 81.

[18]) a. a. O. S. 16.

[19]) Mataja: Das Schadenersatzrecht im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler und Ring Bd. I S. 272.

darum handelt, zu bestimmen, ob eine Handlung fahrlässig ist, oder richtiger, ob der eingetretene Erfolg einer Thätigkeit auf Fahrlässigkeit beruht, auf die Individualität des Einzelnen, seine Erziehung, seine geistige Entwickelung, seine Kenntnisse Rücksicht genommen werden. Denn jede Handlung ist auf einen vorgestellten Erfolg gerichtet, erst durch die Vorstellung des Erfolges wird der Wille zur Thätigkeit ausgelöst. Weil aber der vorgestellte Erfolg nicht allein durch den Willen, sondern zugleich durch außer ihm liegende Umstände der realen Welt bedingt wird, so kann sich als endlicher Erfolg der Thätigkeit ein anderer als der vorgestellte oder ein solcher neben ihm ergeben. In der Nichtberücksichtigung dieser Umstände, insofern sie vorherzusehen waren, liegt die Fahrlässigkeit. Und ob Jemand im konkreten Falle diese Umstände hätte vorhersehen können, bestimmt sich nicht nach der abstrakten Sorgfalt eines „ordentlichen Hausvaters", sondern nach seiner Individualität [20]).

Bei der Begriffsbestimmung der Widerrechtlichkeit einer Handlung tritt der subjektivistische Standpunkt des Entwurfs besonders zu Tage. Der Entwurf geht nach den Motiven II 725 flg. von dem Grundsatze aus: was nicht widerrechtlich ist, ist erlaubt. Widerrechtlich aber ist, so führen die Motive weiter aus, vor allem das Handeln gegen ein absolutes Verbotsgesetz, wozu auch solche Gesetze gehören, welche mittelbar, insbesondere in Form einer Strafandrohung ein Verbot enthalten, widerrechtlich ist ferner schon an sich die Verletzung des einem Anderen zustehenden absoluten Rechts, wozu auch Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Ehre gerechnet werden. Endlich soll aber nach § 705 als widerrechtlich noch eine kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung gelten, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt. Mit Recht erinnert Liszt [21]), daß es ein Fehler ist, das Merkmal der Widerrechtlichkeit positiv bestimmen zu wollen.

Wenn nach der Rechtsordnung Jedem verboten sein muß, die rechtlich geschützten Interessen des Andern zu verletzen, so ist jede Verletzung dieser Interessen an sich eine Rechtswidrigkeit, und es kann sich nur darum handeln, festzustellen, unter welchen Umständen eine solche Verletzung ausnahmsweise als erlaubt anzusehen ist. Das gemeine Recht bestimmt diese Ausnahme durch den Rechtssatz: qui suo jure utitur, neminem laedit". Der Entwurf hat eine entsprechende

[20]) Liszt a. a. O. S. 16.

[21]) a. a. O. S. 34.

Bestimmung nicht aufgenommen, es ergiebt sich aber aus den Motiven, II. 727, daß er von dem Gedanken ausgeht: wer ein besonderes Recht ausübt, muß immer haftfrei sein, auch wenn er aus Chikane handelt. Hiernach wird das Kriterium, ob eine Handlung, durch welche fremde Interessen verletzt werden, ausnahmsweise erlaubt ist, in die Person des Handelnden gesetzt: wenn er ein Recht zur Vornahme der Handlung hat, an welche sich ein verletzender Erfolg knüpft, ist er nicht haftpflichtig. Wenn also Jemand ein ihm eigenthümlich gehöriges oder wenigstens in seinem Eigenthumsbesitze befindliches Streichhölzchen an der dafür bestimmten Reibfläche entzündet, so übt er jedenfalls ein aus seinem dinglichen Recht fließendes besonderes Recht aus, welches weder durch Gesetz noch durch Rechte Dritter beschränkt ist. Springt nun von diesem Streichhölzchen die Kuppe ab und setzt den Rock eines Andern in Brand, so hat der Geschädigte keinen Ersatzanspruch. Wenn ferner ein Eisenbahnunternehmer einen Zug fahren läßt, dessen Lokomotive zu diesem Zwecke selbstverständlich geheizt werden muß, so übt er damit ebenfalls ganz unzweifelhaft ein aus seinem Eigenthume und bez. der staatlichen Genehmigung fließendes besonderes Recht aus. Also hat er den Brandschaden nicht zu ersetzen, der durch die aus seiner Lokomotive sprühenden Funken verursacht wird[22]). Entspricht dieses Resultat dem Rechtsbewußtsein? Sollte es nicht vielmehr richtiger sein zu bestimmen unter welcher Voraussetzung der Eingriff in eine fremde Rechtssphäre als rechtswidrig nicht anzusehen ist und diese Voraussetzung dahin zu fassen, daß der Handelnde auf den dem Verletzten durch die Handlung entzogenen Gegenstand ein besseres Recht hatte? Denn unser Recht ist, wie Unger[23]) treffend bemerkt,

[22]) Das O. A. G. zu München hat zwar in Fällen dieser Art, vergl. die Entscheidungen in Seuffert's Archiv Bd. 10 Nr. 164, 14 Nr. 208 den Eisenbahnunternehmer verurtheilt und dabei richtig hervorgehoben, daß „dem Rechtssatze qui suo jure utitur neminem laedit das gleich allgemeine und wichtige Prinzip gegenübersteht, daß ein Jeder einen gleichen Rechtsschutz für die Integrität seines Eigenthums zu beanspruchen berechtigt sei, und ersterer Satz daher durch dieses Prinzip die Beschränkung erleide, daß das Eigenthumsrecht nicht in der Art ausgeübt werden dürfe, daß dadurch ein Eingriff in fremdes Eigenthum verübt werde". Allein insoweit die Entscheidung im Uebrigen auf die Bestimmungen der lex Aquilia gestützt ist, erscheint sie denn doch einigermaßen als eine Vergewaltigung derselben. Mit den Grundsätzen des Entwurfs stehen sie jedenfalls im Widerspruch.

[23]) Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart von Grünhut, Bd. 8 S. 231.

nicht eine Folge der Pflicht Anderer, sondern die Pflicht Anderer eine Folge unseres Rechtes und unser Recht begründet die Verbindlichkeit aller Anderen, unser Recht nicht zu verletzen. Von diesem Gesichtspunkte aus wird der, welcher das Streichhölzchen entzündete, dem Andern den an seinem Rocke entstandenen Schaden ersetzen müssen. Von dem nämlichen Gesichtspunkte aus muß der Unternehmer einer Eisenbahn den durch die Funken seiner Lokomotive verursachten Brandschaden ersetzen. Und die im Gemeinen Rechte, auch im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch § 353, besonders festgestellte Berechtigung eines Grundstücksbesitzers, auf seinem Grund und Boden Brunnen anzulegen, obschon dem Nachbar dadurch das Wasser entzogen wird, erklärt sich einfach daraus, daß der erstgedachte Grundstücksbesitzer auf die Wasserader ein besseres Recht hat, weil sie zuerst durch sein Grundstück geht.

Hier ist noch der Einfluß zu betrachten, welchen der Entwurf der Nothwehr und dem Nothstande in Bezug auf die Vertretungspflicht einräumt. Nach §§ 186, 187 des Entwurfs soll eine Handlung als unerlaubt nicht angesehen werden, wenn sie durch Nothwehr d. h. zur Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs von sich oder Anderen geboten war, oder in der Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache zu dem Zwecke, eine von dieser Sache drohende Gefahr von sich oder einem Andern abzuwenden, sofern die Handlung zur Abwendung der Gefahr erforderlich war und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist. Aus solchen Handlungen kann also eine Schadensersatzpflicht nicht erwachsen, da es an dem nothwendigen Requisite des Unerlaubten bez. der Widerrechtlichkeit gebricht. Anders beim Nothstande, dieser soll nach den Motiven I. 350, II. 729, 770 den Thäter nicht haftfrei machen, vielmehr „nach der mit der modernen Rechtsanschauung übereinstimmenden" Auffassung des Entwurfs, beim Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzungen ein civilrechtliches Delict begründen.[24]) Daß aber die „moderne Rechtsanschauung" doch eine andere ist, hat sich bei der Besprechung der Rettung der Passagiere und Mannschaft des Dampfers „Danmark" durch den Capitän Murell, welche nur durch Preisgebung eines Theiles seiner Ladung möglich war, ergeben. Und in der That, es widerstrebt dem Rechtsgefühle, in solchen Fällen

[24]) Das Gem. Recht gestattet den Eingriff in fremde Vermögensrechte ohne Ersatzpflicht auch schon bei drohender Gefahr eines Vermögensverlustes. Vergl. Seuffert Archiv, Bd. 27 Nr. 202. 37 Nr. 114.

den Thäter zum Schadensersatze anzuhalten. Das Leben eines Menschen ist eben ein höheres Gut als das Eigenthum und darum giebt eine imminente Gefahr für das Leben das Recht, minderwerthige Güter eines Anderen zu vernichten, soweit es zur Abwendung der Gefahr nothwendig ist. Anders würde sich die Sache stellen, wenn sich gleichwerthige Güter gegenüberstehen. Das Richtige läßt sich hier nur treffen, wenn man die Bemessung des Schadensersatzes in das richterliche Ermessen stellt.

Es erübrigen noch einige Bemerkungen zu dem bereits oben besprochenen § 705, zu welchem die Motive II 727 bemerken: „Wer ein besonderes Recht ausübt, muß immer haftfrei sein, auch wenn er aus Chikane handelt, wer dagegen nur Kraft seiner natürlichen Freiheit handelt, darf diese nicht zum Schaden Anderer mißbrauchen. Ein Mißbrauch ist es aber, wenn seine Handlungsweise den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden widerspricht." Hiergegen erinnert Gierke,[25]) daß die „natürliche" Freiheit überhaupt kein juristischer Begriff, sondern eine von der Rechtsordnung vorgefundene Thatsache ist, daß innerhalb der Rechtsordnung nur die „rechtliche" Freiheit in Betracht kommt und daß sich eine Grenze zwischen den besonderen Rechten und den Ausflüssen der natürlichen Freiheit schwer ziehen läßt. Und Liszt[26]) bemerkt, daß er sich keinen Fall denken könne, in welchem die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung rechtlich geschützter Interessen, falls nicht eine besondere Berechtigung oder Verpflichtung zu derselben gegeben ist, den guten Sitten nicht widersprechen sollte, in welchem die „illoyale" Handlung im Sinne des Entwurfs nicht auch eine rechtswidrige wäre. Das ist richtig, wenn man den Begriff der Widerrechtlichkeit so auffaßt, wie ich denselben oben definirt habe und wenn man unter den rechtlich geschützten Interessen auch andere als die vermögensrechtlichen begreift. Das thut aber eben der Entwurf nicht und deshalb ist, wenn der Entwurf Gesetz wird, die Bestimmung des § 705 höchst werthvoll. Sie füllt die Lücke, welche infolge der positiven Begriffsbestimmung der Widerrechtlichkeit in den dem Individuum bezüglich seiner Handlnugsfreiheit gezogenen Grenzen entsteht, z. B. in dem Falle, wo ein besonderes Gesetz nur ein bestimmtes vorsätzliches Handeln absolut verbietet, das fahrlässige Handeln gegen das Gesetz also an sich erlaubt ist, wenigstens in der

[25]) a. a. O. Jahrg. 13 S. 251.

[26]) a. a. O. S. 35.

Theorie aus. Wenn aber durch § 705 dem Verbotsgesetze, welches eine Handlung zu einer widerrechtlichen stempelt, der in der Vornahme einer Handlung liegende Verstoß gegen die guten Sitten gleichgestellt werden soll, so ist es, wie Meischeider[27]) mit Recht bemerkt, unlogisch auch noch das Erforderniß aufzustellen, daß die Handlung einem Andern zum Schaden gereiche, da ohne Schaden überhaupt ein Schadensersatzanspruch nicht besteht. Erwähnen will ich noch, daß durch § 705 die sogenannte concurrence déloyale gedeckt wird, insofern das Wesen derselben in der Ueberschreitung der Grenze des Rechts der Mitbewerbung besteht[28]) und eine solche Ueberschreitung zwar kraft der „allgemeinen Freiheit" als erlaubt anzusehen ist, aber doch gegen die guten Sitten verstößt.

Bei der Erörterung der allgemeinen Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht habe ich auch die Grundsätze in den Kreis der Betrachtung zu ziehen, welche der Entwurf über den Gegenstand der Schadensersatzpflicht und die Modalität des Ersatzes, sowie in Bezug auf die sogenannte konkurrirende Verschuldung aufstellt. Sie sind in den §§ 218 bis 222 niedergelegt.

§ 218, welcher in Absatz 1 bestimmt: „Ist Schadensersatz zu leisten, so umfaßt der zu ersetzende Schaden sowohl die erlittene Vermögenseinbuße als auch den entgangenen Gewinn," bringt den gemeinrechtlichen Grundsatz zur Geltung, wonach lediglich der Umfang des verursachten Schadens den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes bestimmt und lehnt damit die Abstufung der Schadenersatzpflicht, wie sie — wenn auch in verschiedener Weise — das Preußische Landrecht (I. 5 §§ 285 ff., I. 6 §§ 10—16, 85—88, 93—95, I. 16 § 17) und das Schweizerische Obligationenrecht (Artikel 51) eingeführt haben, ab. Für eine solche Abstufung nach dem Grade der Verschuldung sind verschiedene Stimmen laut geworden. Jhering[29]) sagt: „Das Maß der Schuld bestimmt das der Haftbarkeit: der dolus verpflichtet schlechthin zum ganzen Schadenersatz, die culpa nur innerhalb gewisser Grenzen," und Lehmann:[30]) „Es wäre, wenn auch immer mit dem Ergebnisse der neuesten

[27]) Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in Bekker und Fischer, Beiträge, Heft 3 S. 37.

[28]) O. Mayer: die concurrence déloyale in der Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht N. F. Bd. 11 S. 363 flg.

[29]) Schuldmoment S. 56.

[30]) Nothstand des Schädenprozesses S. 45.

romanistischen Forschung unvereinbar, von dem für die Gesetzgebung wohl allein maßgebenden praktischen Standpunkte aus nicht ganz zu verwerfen gewesen, wenn das (Kgl. Sächs.) Civilgesetzbuch die Vertretungspflicht bei culpa levis etwas enger gesteckt hätte als bei culpa lata und dolus. Strohal[31]) stellt eine vollständige Skala auf und auch Hepp[32]) und Pfaff[33]), sowie Mataja[34]) und Gierke[35]) sprechen sich für eine Abstufung des Umfanges der Schadenersatzpflicht nach dem Grade der Verschuldung aus. Ist es nun schon in der That nicht zu verkennen, daß es unbillig erscheinen muß, demjenigen, welcher das Recht eines Andern nur aus geringer Fahrlässigkeit verletzt in Bezug auf die Vertretung der Folgen seiner Thätigkeit demjenigen gleichzustellen, welcher dies aus Absicht und Bosheit thut, so muß es noch um soviel mehr unbillig erscheinen, dies zu thun, wenn man den Eintritt der Schadenersatzpflicht nicht einmal an eine Fahrlässigkeit knüpft, sondern diese Frage aus dem Gesichtspunkte des Veranlassungsprinzips regelt. Und hier lassen sich die Härten, welche das Veranlassungsprinzip, wie überhaupt die strenge Durchführung jedes Prinzips, unzweifelhaft zur Folge haben muß, ausgleichen, indem man es dem Ermessen des Richters anheim giebt, nach den Umständen des konkreten Falles, bez. nach der Größe der Verschuldung den Umfang der Schadensersatzpflicht festzustellen, nur als oberste Grenze den Ersatz des entgangenen Gewinns und der erlittenen Vermögenseinbuße festsetzt, aber ein Heruntergehen selbst unter den direkten Vermögensschaden gestattet. Wenn dagegen eingewendet werden sollte, was die Motive zu § 221 — II. 22 —, als ausschlaggebend für die ausschließliche Berücksichtigung von Vermögensschäden bezeichnen: daß nämlich durch eine solche Befugniß dem Richter „jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse" beigelegt würde, welche erst bei der Berathung der C. P. O. nach reiflicher Prüfung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen worden ist, so ist dagegen zu erwidern, daß der Entwurf keine Bedenken trägt, jene Souveränität dem Richter bei einigen Spezialdelikten — §§ 728, 734, 735, 736 — beizulegen und nicht abzusehen ist, weshalb das, was im Einzelfall als unbedenklich

---

31) Gutachten S. 163 flg.
32) Zurechnung S. 110 flg.
33) Gutachten S. 84 flg.
34) a. a. O. S. 32 flg.
35) a. a. O. Jahrg. 13 S. 253.

erscheint, im Allgemeinen bedenklich sein soll, daß auch ferner das Strafgesetzbuch, insofern es in vielen Fällen nur das höchste Maß der Strafe bestimmt, dem Richter aber gestattet, bis auf das Strafminimum herabzugehen, diese Souveränität dem Strafrichter und zwar da, wo es sich um höhere Güter als Geld handelt, einräumt und jedenfalls das, was dem Strafrichter recht ist, dem Civilrichter billig sein muß.[36])

Gegen die Bestimmungen in §§ 219 und 220 ist auch vom Standpunkte des Veranlassungsprinzips nichts zu erinnern.

Um so mehr ist § 221:

> „Wegen eines anderen als eines Vermögensschadens kann eine Entschädigung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden",

zu beanstanden. Ich kann deshalb auf das im Eingang dieses Gutachtens über den Gegenstand der Schadenersatzpflicht Ausgeführte verweisen, wonach die moderne Rechtsanschauung ganz entschieden auch auf einen ausgiebigen Schutz der sogenannten immateriellen Lebensgüter ohne Beschränkung auf Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Ehre drängt.

Die Bestimmung des § 222 — über den Einfluß konkurrirender Fahrlässigkeit — erscheinen mir durchaus gerechtfertigt und kann ich mich dem in den Motiven — II. 23 — Ausgeführten nur anschließen. Die Praxis ergiebt, daß es in vielen Fällen eine Härte ist, die Schadenersatzpflicht — wie dies im B. G. B. für das Königreich Sachsen § 688 geschieht — auszuschließen, wenn der Schaden durch Anwendung gehöriger Sorgfalt von Seiten des Beschädigten hätte vermieden werden können. Auch liegt kein Grund vor, Jemanden zu einer Thätigkeit zu verpflichten, um den Folgen der schädigenden Handlung eines Dritten vorzubeugen.

Nach § 706 soll dem Beschädigten ein Anspruch auf Schadenersatz nicht zustehen, wenn er in die beschädigende Handlung eingewilligt hat.

Mit Recht erinnert hiergegen Liszt[37]), daß die Einwilligung nicht sowohl in die beschädigende Handlung, als vielmehr in die Verletzung selbst als das den Ersatzanspruch ausschließende Moment erscheinen könne. Nach der Fassung des Paragraphen würde auch demjenigen ein Ersatzanspruch nicht zustehen, welcher in eine Hand-

[36]) Vergl. auch Mataja a. a. O. S. 193.

[37]) a. a. O. S. 37.

lung, von welcher er eine Verletzung nicht voraussehen konnte, eingewilligt hat. Aber die ganze Bestimmung ist insofern überflüssig, als die Einwilligung in die Verletzung der Handlung den Charakter der Widerrechtlichkeit nimmt und schon deshalb ein Ersatzanspruch ausgeschlossen ist. Sie ist aber auch bedenklich insofern, als, wie die Motive — II. 730 — (vergl. auch die Motive zu § 722 Bd. II. S. 770) ausführen, durch dieselbe der Fall getroffen werden soll, wenn die Handlung trotz der Einwilligung eine widerrechtliche und sogar strafbare bleibt, und auch dann die Ersatzpflicht dem einwilligenden Beschädigten bez. dessen Erben als solche gegenüber ausgeschlossen sein soll. Wenn also ein noch nicht 16 Jahre altes Mädchen mit Einwilligung des Vormundes genothzüchtigt wird, so ist der Thäter wohl strafbar, aber zu einem Schadensersatze nicht verpflichtet, die Gemißbrauchte mag sich deshalb an ihren Vormund halten. Solche und ähnliche ganz absonderliche Konsequenzen[38]) zeigen, wie verfehlt das Prinzip des § 706 ist.

Im Allgemeinen ist doch wohl davon auszugehen, daß über gewisse Güter, insbesondere das Leben und die körperliche Integrität der Träger derselben nicht frei verfügen darf, weil und insoweit Dritte, z. B. alimentationsberechtigte Familienglieder, die Gemeinde, der Staat, ein unmittelbares Interesse an der Erhaltung derselben haben. Deshalb ist die Einwilligung als die Schadensersatzpflicht aufhebendes Moment für Verletzungen der gedachten Güter jedenfalls auszuschließen.

Die Bestimmung in § 707:

> Ist die beschädigende Handlung von demjenigen, welcher sie begangen hat, aus entschuldbarem Irrthum für erlaubt gehalten worden, so ist derselbe zum Schadensersatze nicht verpflichtet,

wird von Mataja[39]) als der „Triumpf der subjektivistischen Doktrin" bezeichnet und, mit vollem Rechte, verworfen. Es wird dadurch neben dem in § 704 aufgestellten noch eine weitere Voraussetzung der Schadensersatzpflicht eingeführt und dadurch die Realisirung eines Schadensersatzanspruchs noch mehr erschwert. Und wie regelt sich die Beweislast? Ist die Geltendmachung des Irrthums Sache der Einrede, oder muß der Kläger beweisen, daß der Beklagte das von ihm übertretene Verbotsgesetz gekannt habe? Die Frage wird

[38]) Liszt a. a. O. S. 38.

[39]) Das Schadensersatzrecht im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich im Archiv für Bürgerl. Recht von Kohler und Ring I. 1271.

namentlich wichtig, wenn es sich um die Uebertretung lokaler Polizeiordnungen handelt, deren Kenntniß nicht präsumirt werden kann.

Gegenüber dem Veranlassungsprinzip kann selbstverständlich der Irrthum nicht als ersatzausschließendes Moment in Betracht kommen, er würde höchstens für die Bemessung des Ersatzes von Einfluß sein.

In den §§ 708 und 709 findet der gemeinrechtliche Grundsatz Ausdruck, daß unwillkürliche Handlungen als juristische Handlungen überhaupt nicht in Betracht kommen und nicht zugerechnet werden können. Demgemäß sollen Personen für den Schaden, welchen sie, während sie des Vernunftsgebrauchs beraubt waren oder während sie im Kindesalter standen, überhaupt nicht verantwortlich, Personen aber für den Schaden, den sie zwar nach zurückgelegtem Kindesalter, aber vor zurückgelegtem achtzehnten Lebensjahre durch eine unerlaubte Handlung begangen haben, nur dann aufzukommen verpflichtet sein, wenn sie bei Begehung der Handlung die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht besaßen. Eine Ausnahme ist nur für den Fall gemacht, daß der Vernunftgebrauch durch selbstverschuldete Betrunkenheit ausgeschlossen war, in welchem Falle die volle Schadenersatzverbindlichkeit eintreten soll.

Vom Standpunkte des Schuldprinzips läßt sich gegen diese Bestimmung nur einwenden, daß der Begriff der „selbstverschuldeten Betrunkenheit" einestheils zu unbestimmt, anderntheils zu eng ist. Ist die Betrunkenheit schon als selbstverschuldet anzusehen, wenn man eine solche Menge von alkoholhaltigen Getränken zu sich nimmt, daß man sich bei nüchterner Ueberlegung sagen müßte, daß man dadurch betrunken werden wird? Oder ist es nothwendig, daß man sich mit der ausgesprochenen Absicht, sich zu betrinken, zum Trinken hinsetzt? Andererseits ist es nicht gerechtfertigt, die Ausnahme auf die Betrunkenheit, d. h. die durch den Genuß alkoholhaltiger Getränke herbeigeführte Alkoholvergiftung zu beschränken. Denn es können, wie bekannt, der Betrunkenheit ganz gleichartige Zustände, auch durch andere Mittel als den Genuß von Spirituosen, z. B. übermäßige Morphiumeinspritzungen, das Rauchen von Opium, den Genuß von Haschisch und dergl. herbeigeführt werden und es ist nicht abzusehen, weshalb für die Schadensersatzpflicht gerade auf das Mittel, durch welches die Aufhebung des Vernunftsgebrauchs herbeigeführt worden ist, etwas ankommen soll.

Wie bereits oben bemerkt, hat sowohl das Preußische Landrecht als das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch das Schuldprinzip in

dieser Richtung aufgegeben, indem ersteres (I, 6 § 41 flg.) Wahn- und Blödsinnige oder Kinder unter sieben Jahren zum Ersatze des unmittelbaren Schadens verpflichtet, insoweit der Beschädigte Ersatz aus dem Vermögen der Aufseher oder der Eltern, wegen einer Vernachlässigung der Aufsichtspflicht, nicht erlangen kann, und insoweit dadurch dem Beschädiger der nöthige Unterhalt bezw. die Mittel zu einer standesgemäßen Erziehung nicht entzogen werden; und letzteres (§ 1310), indem es den Richter ermächtigt, für den Fall, daß der Beschädigte von denjenigen Personen, denen der Schaden wegen Vernachlässigung der ihnen anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann, Ersatz nicht erhalten kann, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten auf den ganzen Ersatz oder doch eines billigen Theils zu erkennen. Aehnlich bestimmt das Schweizerische Obligationsrecht (§ 58), daß der Richter aus Rücksichten der Billigkeit ausnahmsweise auch eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, zu theilweisem oder vollständigem Ersatze verurtheilen kann. Die Motive bemerken — II. 734 — in Bezug auf die Abweichungen vom Schuldprinzip: daß Erwägungen der angeblich höheren Gerechtigkeit oder Billigkeit oder Rücksicht auch ein erhebliches praktisches Bedürfniß einer derartigen Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht rechtfertigen, sowie daß gegen jene exceptionellen Bestimmungen, soweit sie die Entscheidung dem Richter anheimstellen, noch das besondere Bedenken spreche, daß sie den zur Entscheidung eines Rechtsstreites berufenen Richter im Wesentlichen auf dringende Billigkeitsrücksichten verweisen, ohne ihm irgend eine feste Entscheidungsnorm an die Hand zu geben. „Mag es unser Rechtsgefühl noch so sehr empören", wendet Gierke[40]) dagegen ein, „wenn der Millionär, der in einem Wahnsinnsanfalle oder in einem nicht gerade selbstverschuldeten Rausche, die Habe einer armen Familie zerstört, daß der reiche Knabe, der ohne die „erforderliche Einsicht" in die Gefährlichkeit der Schießwaffen auf der Jagd einen Holzhauer verwundet, keinen Pfennig zu ersetzen hat: Das Prinzip darf um bloßer „Billigkeit" willen kein Loch bekommen[41]).

Und worauf gründet sich gerade hier das Mißtrauen in die Fähigkeit des Richters, das Richtige zu treffen, während doch sonst, insbesondere in § 260 der C. P. O. bezüglich der Ermittelung des Schadens dem freien Ermessen des Richters so viel überlassen ist?

[40]) a. a. O. Jahrg. 13 S. 248.

[41]) In gleichem Sinne spricht sich Thon a. a. O. S. 106 Anm. 71 aus.

Die Härten aber, welche sich daraus ergeben können, daß auch der Handlungsunfähige den durch ihn veranlaßten Schaden ersetzen soll, können dadurch ausgeglichen werden, daß die Bemessung des zu ersetzenden Schadens in das Ermessen des Richters gestellt und eine Grenze insofern gesteckt wird, als demselben die zu seinem Unterhalte bez. seiner Erziehung nöthigen Mittel nicht entzogen werden dürfen, wie dies im Preußischen Landrecht, im Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Schweizerischen Obligationenrecht der Fall ist.

In § 710 Absatz 1 wird demjenigen, welcher kraft des Gesetzes über einen Andern die Aufsicht zu führen verpflichtet ist, die Verbindlichkeit auferlegt, für den Ersatz des von dem Andern einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schadens zu haften, wenn er seine Aufsichtspflicht verletzt hat und bei Erfüllung derselben der Schaden nicht entstanden sein würde.

Nach Absatz 2 trifft die gleiche Verantwortlichkeit denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht für den durch das Gesetz Verpflichteten übernommen hat.

Welche Personen der Entwurf unter den kraft des Gesetzes zur Aufsicht Verpflichteten im Auge gehabt hat, ist aus den Motiven nicht ersichtlich. Mir sind als solche nur der Vater in Bezug auf seine in väterlicher Gewalt stehenden Kinder und der Vormund in Bezug auf den Bevormundeten bekannt. Auch darüber schweigen sich die Motive aus, weshalb die Vertretungsverbindlichkeit auf die „kraft Gesetz" zur Aufsicht Verpflichteter und deren vertragsmäßige Stellvertreter beschränkt worden ist. Diese Beschränkung ist ganz ungerechtfertigt und führt zu bedenklichen Konsequenzen. Wie ist es z. B., wenn ein volljähriger Geisteskranker vor seiner Entmündigung und bevor ihm ein einstweiliger Vormund bestellt ist, in eine Heilanstalt gebracht wird und dort in Folge nachlässiger Aufsichtsführung Seiten des ihm beigegebenen Wärters Schaden anrichtet? Nach den Bestimmungen des Entwurfs haftet der Wärter nicht. Denn ein „kraft des Gesetzes" zur Aufsicht Verpflichteter war noch nicht vorhanden, er konnte also auch von einem solchen die Führung der Aufsicht nicht übernommen haben. Es dürfte sich empfehlen, hier die Bestimmung des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs in § 779, wonach derjenige, welcher die verletzende Handlung eines Andern hindern konnte und dies ungeachtet einer besonderen Verpflichtung hierzu versäumte, für die Folgen der Handlung haftet, anzunehmen, dabei aber nach dem Vorgange des Französischen Rechts (art. 1384

code civil) dem zur Aufsicht Verpflichteten die Beweislast aufzuerlegen.

Die folgenden Paragraphen — 711 und 712 — ordnen die Verbindlichkeit des Geschäftsherrn zur Haftung für den von seinen Angestellten oder Arbeitern angerichteten deliktmäßigen Schaden. Dieselben lauten:

> § 711. Wer einen Anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist denselben zu beaufsichtigen verpflichtet, wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert.
>
> Wird diese Pflicht verletzt, so haftet der Aufsichtspflichtige nach Maßgabe des § 710 Abs. 1 für den Ersatz des Schadens, welche die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zugefügt hat.
>
> § 712. Wer einen Anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist hierzu eine geeignete Person auszuwählen verpflichtet. Wird diese Pflicht verletzt, so findet die Vorschrift in § 711 Absatz 2 entsprechende Anwendung.

Die Motive — II. 736 — erwähnen, daß in der neueren Gesetzgebung — code civil art. 1384, Bad. L. R. Satz 1384, Schweiz. Obl. R. Art. 62 — zum Theil eine weitgehendere Haftung der Geschäftsherren für deliktmäßigen Schaden, welchen ihre Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, bestimmt wird, bemerken aber dazu, daß den übrigen Gesetzen eine so weitgehende Haftung unbekannt ist und auch der Entwurf jenes Prinzip zurückweise, die Vorschriften der §§ 711 und 712 des Entwurfs vielmehr auf dem Grundsatze beruhen, daß der Auftraggeber als solcher, abgesehen von der Bestellung (Auswahl) einer ungeeigneten Person, für die von den bestellten Personen in Ausführung des Auftrages begangenen Delikte nur insoweit haften könne, als er bei der ihm obliegenden Aufsichtsführung gefehlt habe, was im Wesentlichen auch dem Standpunkte des Gemeinen und des Preußischen Rechts entspreche. Gegen die Richtigkeit dieses Standpunktes lassen sich sehr erhebliche Bedenken geltend machen, Bedenken, die die Motive auch nicht entfernt andeuten. In außerordentlich klarer, umfassender und überzeugender Weise hat Herr Reichsgerichtsrath Dr. Dreyer in seinem dem 17. Deutschen Juristentage über die Frage: wie weit hat

der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften, erstatteten Gutachten[42]) diese Frage behandelt. Derselbe stellt folgende Sätze auf:

1. Außerhalb eines obligatorischen Verhältnisses oder abgesehen von demselben hat der Arbeitgeber für das Verschulden seines Arbeiters insofern und insoweit zu haften, als das Verschulden in Ausführung der dem Arbeiter übertragenen Verrichtung begangen worden ist.
2. Ueberdies haftet der Arbeitgeber aus seinem eigenen Verschulden; als solches kann auch die schuldhafte Auswahl des Arbeiters und unter besonderen Umständen der Mangel an Beaufsichtigung desselben angerechnet werden.

Für das Prinzip der Haftung und für den Umfang ist nach Dreyer (S. 107) die Thatsache entscheidend, daß der Arbeitgeber den Arbeiter zu seinem Vertreter gemacht, ihn „präponirt" hat[43]). Aus der weiteren Begründung dieses Prinzips hebe ich folgende treffende Ausführungen heraus:

„Der Arbeitgeber hat allerdings nicht gewollt, daß sein Diener dolos oder culpos handelte, allein, weil er ihn zu seinem Vertreter bestellt, ihm die Macht und Möglichkeit verliehen hat, durch schuldhaftes Handeln zu beschädigen, muß er die Verantwortung für die Folgen seines Thuns und Lassens innerhalb des ihm angewiesenen Wirkungskreises ganz und voll übernehmen. Er hat durch die Anstellung und Verwendung den Anlaß zu dem Schaden gegeben, er kann den Beschädigten nicht an den — meistens insolventen — Arbeiter verweisen und das Prinzip der l. 149 R. J. trifft hier in der Richtung zu, daß es unbillig, ungerecht wäre, wenn derjenige, welcher seine wirthschaftliche Existenz mit auf die Benutzung fremder Arbeitskräfte gegründet hat, nicht auf die hieraus sich ergebenden Folgen, sozusagen „die wirthschaftliche Kausalität" auf sich nähme." (S. 108.) Ein eigenes Verschulden des Arbeitgebers wird nach Dreyer (a. a. O. S. 53) auch darin zu finden sein, wenn er dem Arbeiter die Mittel und Einrichtungen nicht gewährt hat, welche zur sicheren und gefahrlosen Ausführung der Arbeit erforderlich sind und dadurch die Thätigkeit des Arbeiters einen schuldhaften Charakter angenommen

[42]) Verhandlungen des 17. Deutschen Juristentags Bd. 1 S. 46 flg. insbes. S. 103 flg.

[43]) Auch schon im Römischen Rechte hat dieses Prinzip in der actio exercitoria institoria und quasi institoria Ausdruck gefunden, Dreyer a. a. O. S. 109 flg.

hat, wenn der Arbeitgeber die nach den Umständen nothwendigen Instruktionen nicht ertheilt hat oder wenn er den Arbeiter mit unzureichenden oder als gefährlich bekannten Mitteln und Werkzeugen arbeiten läßt. Unter Umständen kann das eigene Verschulden auch darin bestehen, daß dem Bediensteten durch Nachlässigkeit die zur Begehung des Unrechts, die Gelegenheit verschafft oder geboten wird, welche Diebe macht. So z. B. wenn Jemand die Kasse oder den Schrank, worin sich Werthsachen befinden, auch in seiner Abwesenheit dem ungestörten Zutritte der Dienerschaft offen läßt, wenn Jemand sein geladenes Gewehr ohne Verwarnung zum Putzen giebt, oder mit der Verwahrung von Gift oder schädlichen Substanzen nachlässig ist. Diesen Fällen reiht Dreyer noch den an, wenn gegen ausdrückliches oder aus den Umständen zu folgerndes Verbot ein Gehülfe verwendet worden ist[44]).

Ich kann mich den Ausführungen Dreyer's nur anschließen, sie entsprechen ebenso der Billigkeit als dem Bedürfnisse des modernen Verkehrs. Das französische und das englisch-amerikanische Recht enthalten im Uebrigen gleiche bez. ähnliche Bestimmungen. Artikel 1384 des code civil erklärt den Hausherrn und Kommittenten (maitre et commettant) für den Schaden verantwortlich, welchen ihr Hausgesinde (domestiques) und ihre Beauftragten (preposés) in den denselben aufgetragenen Geschäften (dans les fonctions aux quelles ils les ont employés) verursacht haben[45]). Das englisch-amerikanische Recht aber stellt unter der Rubrik „Respondeat superior" den Grundsatz auf, daß der Herr (master) für Verschuldungen, welche der Gehilfe (servant) innerhalb seines Wirkungskreises (course, scope, range of employment) verübt, in dem Umfange einzustehen habe, wie wenn die Handlung seine eigene wäre[46]).

Zu erwähnen ist noch, daß auch Mataja[47]) vom volkswirthschaftlichen Standpunkt für eine weitgehende Verantwortlichkeit des Arbeit-

[44]) Der Vollständigkeit halber will ich noch bemerken, daß in den Verhandlungen des deutschen Juristentags der Berichterstatter Dr. Jaques zwar die Ueberzeugung ausgesprochen hat, daß über die bisherigen Prinzipien weit hinauszugehen sein werde, der Antrag aber für eine Beschlußfassung noch nicht reif erachtet und schließlich die Vertagung beschlossen wurde. Verhandlungen des Juristentags Bd. 2 S. 92, 137 flg.

[45]) Eine interessante Zusammenstellung von diesbezüglichen Gerichtsentscheidungen giebt Dreyer a. a. O. S. 80, 81.

[46]) Dreyer a. a. O. S. 83 flg.

[47]) a. a. O. § 41, 62, 82 flg., 127 flg.

gebers für seine Gehilfen, als in dem heute im Volke sich vorfindenden Rechtsgefühl begründet, eintritt[48]).

Die §§ 713—717 geben mir zu Bemerkungen keinen Anlaß. Sie können auch aus dem Gesichtspunkte des Veranlassungsprinzips bestehen.

§ 718 bestimmt:

„Der Schuldner hat wegen der Verwendungen, welche er auf die Sache gemacht hat, gegenüber dem Gläubiger die Rechte, welche dem Besitzer gegen den Eigenthümer zustehen."

Welche Rechte dies sind, bestimmt § 936 des Entwurfs: „Der Besitzer oder der Inhaber kann wegen Verwendungen, welche er auf die Sache gemacht hat, von dem Eigenthümer insoweit Ersatz fordern, als der letztere in Folge der Wiedererlangung der Sache durch die Verwendung aus dem Vermögen des ersteren bereichert wird." Der Entwurf unterscheidet hier nicht zwischen impensae necessariae, utiles und voluptuariae. Der Eigenthümer einer Sache kann also in die Lage kommen, demjenigen, welcher ihm dieselbe widerrechtlich entzogen hat, Aufwendungen erstatten zu müssen, welche gar nicht in seinem Sinne liegen bez. zu seinen Vermögensverhältnissen in keinem Einklange stehen. Der zur Herausgabe der Sache Verpflichtete würde den Eigenthümer auch im Wege der Klage dazu zwingen können, denn die Wegnahme kann der Eigenthümer nicht verlangen, sie ist nur ein Recht des Ersatzpflichtigen. Dies ist eine offenbare Unbilligkeit und es dürfte den Bestimmungen des Sächsischen Rechts (B. G. B. § 312 flg.) der Vorzug zu geben sein, wonach der Inhaber vom Kläger unbedingt nur den Ersatz nothwendiger Verwendungen verlangen kann, der Ersatz nützlicher Verwendungen aber nur von dem Beklagten, dem nicht unredlicher Glaube nachgewiesen wird und nur insoweit gefordert werden kann, als dadurch der Werth der Sache zur Zeit ihrer Herausgabe erhöht ist und solche Verwendungen vom Eigenthümer nach seinen Verhältnissen hätten gemacht werden können, während der in unredlichem Glauben befindliche Beklagte rücksichtlich der impensae utiles und jeder Beklagte rücksichtlich der unverhältniß-

[48]) Mataja a. a. O. § 83 findet sogar in jedem Delikte eines Gehilfen, begangen bei Gelegenheit der Kontraktsausführung und unter Benutzung jener Situation, welche der Bestand des Kontraktsverhältnisses geschaffen hat, eine Vertragsverletzung, da der Besteller nicht nur einen zur Besorgung des Geschäfts fähigen, sondern auch einen ehrlichen Arbeiter miethen wollte, der den Aufenthalt in fremder Wohnung nicht mißbraucht. Allerdings deckt diese Erwägung nicht alle Fälle eines deliktischen Verhaltens des Gehilfen.

mäßigen nützlichen und der willkürlichen Verwendungen nur das Recht der Wegnahme hat.

In § 719 wird die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des durch eine unerlaubte Handlung entstandenen Schadens geregelt. Derselbe bestimmt:

„Der Anspruch auf Ersatz des durch eine unerlaubte Handlung entstandenen Schadens verjährt mit Ablauf von drei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Gläubiger von dem erlittenen Schaden und der Person des Schuldners Kenntniß erlangt hat.

Die Verjährungsfrist beträgt dreißig Jahre von dem Zeitpunkte an, in welchem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, wenn nicht der Anspruch in Gemäßheit des ersten Absatzes bereits früher verjährt ist."

Die Einführung einer kurzen Verjährung für die in Frage befangenen Ansprüche entspricht jedenfalls dem praktischen Bedürfnisse und dem allgemeinen Interesse der Rechtssicherheit. Daß in den Fällen des Absatzes 2 eine längere Verjährungsfrist bestimmt worden, ist ebenfalls angemessen, indessen möchte ich mich dem Vorschlage des Herrn Kollegen Dr. Gustav Lehmann [49]): die Frist von dreißig Jahren auf zwanzig Jahre herabzusetzen, anschließen. Der Einwand Gierke's, [50]) daß die Festsetzung der kurzen Verjährungsfrist dahin führe, daß, wie die Motive II. 757 ausdrücklich hervorheben, auch die exceptio doli der kurzen Verjährung unterliege, dürfte sich durch die Erwägung erledigen, daß dem Anspruche auf Schadenersatz aus einer unerlaubten Handlung gegenüber nur im Falle einer Drohung oder eines Betruges eine exceptio doli gegeben sein dürften, und daß in diesen Fällen der Betrogene der Verjährung seiner Einrede, die übrigens nach § 104 des Entwurfs bereits nach Ablauf eines Jahres von dem Zeitpunkte des Aufhörens der Zwangslage oder der Entdeckung des Betrugs eintritt, durch eine Feststellungsklage vorbeugen kann.

§ 720 enthält eine Ausnahme von der Regel des § 719, indem er den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung, welche derjenige, der eine unerlaubte Handlung begangen, aus dem Vermögen des Beschädigten erlangt hat, für unverjährbar erklärt. Die nämlichen

[49]) „Die Anspruchsverjährung des Entwurfs" in den Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 2 Seite 103.

[50]) a. a. O. Seite 254.

Gründe aber, welche überhaupt für eine zeitliche Beschränkung des Anspruchs sprechen, daß es nämlich, wie die Motive I. 291 ausführen, der Verkehr nicht erträgt, daß lange verschwiegene, in der Vergangenheit vielleicht weit zurückliegende Thatsachen zur Quelle von Anforderungen in einem Zeitpunkte gemacht werden, in welchem der in Anspruch genommene Gegner infolge der verdunkelnden Macht der Zeit entweder nicht mehr oder doch nur schwer in der Lage ist, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerthen, dürften auch hier maßgebend sein und eine zwanzigjährige Verjährung angemessen erscheinen lassen, zumal nach Ablauf dieser Frist eine noch bestehende Bereicherung kaum wird nachgewiesen werden können.

Der zweite, die §§ 722—736 umfassende Titel des dritten Abschnittes, welcher von einzelnen unerlaubten Handlungen handelt, wird von den Motiven II. 749 flg. durch eine sehr ausführliche Vorbemerkung eingeleitet, in welcher eingehend dargelegt wird, daß und weshalb bezüglich einer Anzahl von Spezialdelikten, welche theils im Gemeinen Rechte eine selbstständige Stellung einnehmen, theils auch in verschiedenen neueren Kodifikationen selbstständig ausgebildet sind, die Aufstellung besonderer Regeln mit Rücksicht auf die allgemeinen Vorschriften des Entwurfs für entbehrlich erachtet worden sind. Allein dabei ergiebt sich, daß diese allgemeinen Vorschriften doch nicht in allen Fällen ausreichen, um dem Geschädigten zu seinem Rechte zu verhelfen.[51])

Ich hebe hier nur folgenden Fall als besonders wichtig heraus:

Der, welcher eine sich hinterher als ungerechtfertigt darstellende Arrestanlage erwirkt, ist, wie die Motive II. 757 besonders hervorheben, in Ermangelung einer besonderen Bestimmung, nach dem Entwurfe dem Gegner zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens nur dann verpflichtet, wenn die Voraussetzungen der §§ 704, 705 vorliegen. Und daß eine solche besondere Bestimmung nicht getroffen worden ist, rechtfertigen die Motive mit der lakonischen Bemerkung: „Ein Bedürfniß, die Entschädigungspflicht des Arrestlegers — abweichend von den allgemeinen Grundsätzen — besonders zu regeln, ist nicht anzuerkennen.“ Das ist vom Standpunkte des starren Schuldprinzips ja wohl nicht zu widerlegen. Allein soll denn das geschriebene Recht nur die Ausbildung abstrakter Theorien sein? Ist es nicht vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtsbewußtsein

[51]) Gierke: a. a. O. 13. Jahrgang 1. Heft S. 255.

des Volkes, die Grundsätze der Billigkeit, der ausgleichenden Gerechtigkeit zu beachten?

Derselbe Grundgedanke aber, aus welchem das Reichshaftpflichtgesetz denjenigen, der einen an sich gefährlichen Betrieb unterhält und daraus seinen Gewinn zieht, ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden für den dadurch verursachten Schaden haftbar macht, führt darauf, auch die unbedingte Ersatzverbindlichkeit des Arrestlegers anzuerkennen. Denn auch der Arrest ist ein gefährliches Werkzeug, nicht weniger gefährlich als eine Eisenbahn, ein Bergwerk und dergl. und wer aus diesen gefährlichen Werkzeugen seinen Vortheil ziehen will, soll auch ohne Bedingung den Schaden tragen.[52]) Ganz das Gleiche wie vom Arrestleger gilt bezüglich des Ausbringens einer einstweiligen Verfügung[53]) und bezüglich desjenigen, welcher auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils die Zwangsvollstreckung erwirkt hat,[54]) wenn die einstweilige Verfügung bezw. das Urtheil hinterher wieder aufgehoben worden sind.[55])

[52]) Vergl. die Ausführungen bei Bolze, Entschädigungsanspruch des obsiegenden Beklagten in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. XIII, S. 291. Bolze sagt u. A. — S. 287 — „Nur mit Wehmuth habe ich gelesen, was die Motive Bd. 2 S. 757 über diese Frage, mit welcher sich die deutsche Jurisprudenz zur Beseitigung eines drückenden Uebelstandes seit länger als 200 Jahren herumgequält hat, zu sagen wissen: „Ein Bedürfniß, die Entschädigungspflicht des Arrestlegers besonders zu regeln, ist nicht anzuerkennen."

[53]) Bolze a. a. O. S. 290.

[54]) Bolze a. a. O. S. 277.

[55]) Auch der Senatspräsident am Reichsgericht Dr. Henrici vertritt in seiner Abhandlung: „Ueber die Verpflichtung des Arrestlegers zur Erstattung des durch ungerechtfertigten Arrest verursachten Schadens nach gemeinem Recht" in Rassow und Küntzel, Beiträge Bd. 32 S. 111 flg. die Ansicht, daß die Rechtswidrigkeit des Arrestes die Schadenerstattungspflicht ohne Weiteres begründet. Er geht von dem Satze aus, daß bewußtes Uebergreifen in fremdes Rechtsgebiet verantwortlich mache für den schadenbringenden Erfolg, welcher vorausgesehen werden konnte und mußte, es sei denn, daß der Handelnde zur Vornahme der schädigenden Handlung berechtigt ist, und findet in diesem Bewußtsein das zur Entschädigung verpflichtende Schuldmoment, indem er noch ausführt, daß der irrige Glaube, ein Recht zu haben, nicht von der Verantwortlichkeit für den verursachten Schaden befreie. Allein für das Recht des Entwurfs steht diesen Erwägungen bezüglich Desjenigen, der den Arrest in gutem Glauben, aus entschuldbarem Irrthum ausgebracht hat, die Bestimmung des § 707 entgegen. Die Oesterr. Allg. G. O. §§ 277, 282, 285, 292 erklärt die unbegründete Arrestwerbung bezw. Verbotswerbung für einen dem Gegner angethanen Schimpf und verpflichtet den Arrest- bezw. Verbotswerber zur Genugthuung.

Im Allgemeinen mag noch bemerkt werden, daß die kasuistischen Ausführungen der Motive in der in Rede stehenden Vorbemerkung im hohen Grade bedenklich erscheinen. Die Motive sollen die Gründe angeben, durch welche der Gesetzgeber zu der betreffenden Gesetzesbestimmung gelangt ist, nicht aber die Anwendbarkeit des Gesetzes auf bestimmte Fälle erörtern. Denn dadurch wird eine authentische Interpretation geschaffen, die, weil sie den Richter befangen macht, um so bedenklicher ist, wenn das Gesetz gerade mit Absicht über den betreffenden Fall eine besondere Bestimmung nicht treffen, dessen Entscheidung vielmehr der Theorie und Praxis anheimgeben will.[56])

Die §§ 722—725 betreffen die an das Delikt der Tödtung eines Menschen sich knüpfenden Schadenansprüche.

§ 722 bestimmt:

„Wer aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit einen Anderen durch eine widerrechtliche Handlung tödtet, hat die Kosten der verursachten Heilung, und Demjenigen, welchem die Verpflichtung, die Kosten der Beerdigung zu tragen, oblag, diese Kosten zu ersetzen.

Ist durch den Tod ein an die Person des Getödteten geknüpftes Vermögensrecht erloschen oder der Erwerb eines Vermögensrechts verhindert, welches der Getödtete erworben haben würde, wenn seine muthmaßliche Lebensdauer nicht verkürzt worden wäre, so ist er in seinem Vermögen insoweit als beschädigt anzusehen, als sein Nachlaß durch den vorzeitigen Tod eine Verminderung erfahren hat. Der Schuldige ist zum Ersatze dieses Schadens nach Maßgabe des § 704 Absatz 2 verpflichtet."

Bei Auslegung dieser Bestimmungen führt die Anwendung der Vorschriften des § 704 zu ganz absonderlichen Konsequenzen. Während der Schadensersatzanspruch der in Absatz 2 gedachten Personen, obwohl ein ihnen zustehendes absolutes Recht nicht als verletzt erscheint, von der Voraussehbarkeit des Schadens nicht abhängt, ist dies der Fall hinsichtlich anderer, durch die Tödtung geschädigter Personen z. B. des Versicherers, des Rentengläubigers (wenn die Rente an die Lebensdauer des Getödteten geknüpft war), des nießbrauchsberechtigten Ehemanns. Diese Personen müssen also, um einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, nachweisen, daß der

[56]) Vergl. auch Gierke a. a. O. S. 255.

Thäter Kenntniß von dem Bestehen des verletzten Rechts gehabt hat oder wenigstens hätte haben sollen. „Welche verkünstelte und unpraktische Ordnung" bemerkt Gierke[57]) hierzu mit vollem Recht. Zur Rechtfertigung der auffälligen Bestimmung in Absatz 2, daß der Getödtete als der Beschädigte anzusehen sein soll, bemerken die Motive II. 776: „Hingesehen auf die allgemeinen Grundsätze läßt sich die Auffassung vertreten, daß der Getödtete selbst in den betreffenden Fällen einen Vermögensschaden nicht habe erleiden können, vielmehr nur eine Beschädigung der Erben desselben denkbar sei, indem die Tödtung eine Verminderung der Erbschaft bewirkt habe. Bei dieser Auffassung würden aber die Erben in Ansehung einer solchen Beschädigung als Dritte erscheinen, der Anspruch auf Schadensersatz ihnen mithin nicht aus der Person des Erblassers, sondern nach Maßgabe der Vorschriften des § 725 jct. 704 Absatz 1 als ein eigener, selbstständiger Anspruch zustehen. Ob diese Auffassung juristisch haltbar ist, kann auf sich beruhen, jedenfalls verdient sie vom Standpunkte des Gesetzgebers aus keine Billigung. Zunächst droht sie den Erben alle Ersatzansprüche deshalb zu entziehen, weil immer, oder doch mindestens in den weitaus meisten Fällen ungewiß und unvermeidlich bleibt, daß sie auch dann, wenn der Erblasser nicht getödtet wäre, dessen Erben geworden sein würden. Weiter würden in Gemäßheit jener Auffassung die Ersatzansprüche der Erben nicht als Bestandtheil des Nachlasses sich betrachten lassen, folglich weder zu Gunsten der Nachlaßgläubiger, noch bei Berechnung der Erbschaftssteuer in Anschlag kommen dürfen, ein Ergebniß, dessen Sachwidrigkeit sich kaum verkennen läßt. Endlich ergiebt sich das noch weit anstößigere Resultat, daß, obschon in den Rechtskreis des Erblassers durch die That widerrechtlich eingegriffen ist, mithin in Gemäßheit des Prinzips des § 704 Absatz 2 ihm jeder dadurch entstandene Schaden, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe vorauszusehen war oder nicht, zu ersetzen ist, gleichwohl die Erben, welche ihre Ansprüche auf den Rechtskreis des Getödteten stützen und von diesem ihre Rechte herleiten, nur Ersatz des voraussehbaren Schadens verlangen können. Für das Gesetz empfiehlt sich daher ein anderer Standpunkt, nämlich der, daß nicht die Erben als unmittelbar beschädigt anzusehen sind, sondern der Erblasser es ist, welcher durch die Verringerung der Erbschaft den Schaden erlitten hat und dessen betreffende Ansprüche auf die Erben

[57]) a. a. O. Jahrgang 13, S. 256.

nur übergehen, so daß zum Nachlasse ein Anspruch nicht gehört, wenn ein Anspruch des Erblassers nach allgemeinen Grundsätzen z. B. wegen Einwilligung ausgeschlossen ist. Dieser Standpunkt läßt sich auch juristisch vertreten: die Verletzung geht der Tödtung voraus; die erstere ist die wahre Ursache der fraglichen Vermögensverminderung; sie ist noch während des Lebens des Getödteten eingetreten, so daß dieser auch als derjenige erscheint, welcher den in der Verminderung der Erbschaft sich manifestirenden Schaden erlitten hat." Die Unrichtigkeit dieser Ausführungen ergiebt sich schon daraus, daß erfahrungsgemäß der Tod durch die Verletzung in vielen Fällen sofort herbeigeführt wird. Oder soll etwa mit dem minimalen Bruchtheil einer Sekunde gerechnet werden, welcher zwischen dem Eindringen des Geschosses in den Körper und seiner tödtlichen Einwirkung auf einen inneren Theil, liegt? Und zu welchen absonderlichen Konsequenzen die gedachte Bestimmung des Entwurfs führen kann, macht Bähr[58]) an folgendem Beispiele klar: A. ist im Jahre 1880 von N. fahrlässig getödtet worden. Tödtlich verwundet hat er noch seinen Freund E. zum Erben eingesetzt. Im Jahre 1900 stirbt ein Oheim des A. Dem A., wenn er noch lebte, würden aus der Erbschaft des Oheims 100 000 Mark zugefallen sein. N. muß den Schaden im Betrage von 100 000 Mark an E. ersetzen. — Die Frage zu beantworten: wer in den von Absatz 2 des § 722 getroffenen Fällen als der Geschädigte anzusehen ist, der Getödtete oder unmittelbar derjenige, welcher durch das Erlöschen eines an seine Person geknüpften Vermögensrechts geschädigt worden ist, ist überhaupt nicht Sache des Gesetzes, sondern Sache der Theorie und der Rechtssprechung.

§ 724 enthält nur reglementäre Bestimmungen über die Art und Weise des in den Fällen des § 723 zu leistenden Schadensersatzes, gegen die etwas Wesentliches nicht einzuwenden ist.

§ 725 bestimmt:

„Durch die Vorschriften der §§ 722—724 wird das Recht eines Dritten nicht berührt, nach Maßgabe des Art. 704 Absatz 1 wegen eines sonstigen durch die Tödtung entstandenen Schadens von dem Schuldigen Ersatz zu fordern."

Bähr[59]) hält den § 725 für zu weitgehend und meint, daß die

[58]) Zur Beurtheilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (bes. Abdruck aus Seydel's „Kritischer Vierteljahrschrift") S. 91.

[59]) a. a. O. S. 91.

kraft besonderer Rechtsverhältnisse aus dem Tode eines Menschen für Dritte hervorgehenden Nachtheile, gerade so wie die Vortheile, Zufälligkeiten seien, für die derjenige, welcher den Tod verschuldet habe, nicht aufzukommen brauche. Dem kann ich nicht beitreten. Wenn einmal das Prinzip der unbedingten Haftung für die Folgen rechtswidriger aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangener Handlungen angenommen ist, dann enthält der § 725, wie die Motive — II. 791 — richtig hervorheben, gar keine neue selbstständige Bestimmung, sondern dient nur dazu, die mißverständliche Auslegung auszuschließen, als ob der Thäter dritten Personen gegenüber nur nach Maßgabe des § 722 Absatz 1 und der §§ 723, 724 zur Entschädigung verpflichtet, dagegen jeder sonstige Anspruch Dritter auf Schadensersatz ausgeschlossen sei. Auch kann man doch die aus dem Tode eines Menschen für Dritte hervorgehenden Nachtheile nicht als Zufall bezeichnen, wenn der Tod Jemandem als Schuld zuzurechnen ist. Allerdings klingt es, wie Bähr[60]) hervorhebt, sonderbar, wenn Jemandem, der einen Andern auf der Jagd aus Unvorsichtigkeit erschossen hat, eine besondere Vorsicht deshalb zugemuthet werden soll, weil er wußte, daß der Getödtete sein Leben versichert hatte, der Grund der Schadensersatzpflicht in einem solchen Falle in der Kenntniß der Lebensversicherung beruht. Allein das ist lediglich eine Folge des falschen Prinzips des § 704.

In den §§ 726—728 regelt der Entwurf die Schadensersatzpflicht desjenigen, welcher einen Anderen aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung an Körper und Gesundheit verletzt oder ihm die persönliche Freiheit entzieht. Daß der körperlich Verletzte von dem Thäter nicht bloß den Ersatz der Kosten der Heilung, sondern auch zu verlangen berechtigt sein soll, daß ihm diese Kosten vorgeschossen werden, ist gegenüber den bisher geltenden Rechten eine zweckmäßige Neuerung. Der Thäter hat dem Verletzten außerdem dafür Schadensersatz zu leisten, wenn durch die Verletzung seine Erwerbsfähigkeit auf Zeit oder auf die Dauer aufgehoben oder vermindert oder dessen Bedürfnisse vermehrt worden sind. Der Schadensersatz soll in gleicher Weise wie nach § 724 bei der Tödtung in der Regel durch eine Rente, unter besonderen Umständen auch nach Ermessen des Gerichts an Stelle der Rente durch eine Abfindung in Kapital geleistet werden. Auf die Rente sollen die Vorschriften in

[60]) a. a. O. S. 92.

den Absätzen 5—7 des § 724 bezüglich der Sicherheitsleistung, Abänderung des früheren Urtheils im Falle später eintretender wesentlicher Aenderungen der Verhältnisse maßgebend sein. Dagegen erklären die Motive — II. 794 — die Vorschriften des § 724 Abs. 3 und 4, wonach die Rente nicht übertragbar und eine Aufrechnung gegen dieselbe ausgeschlossen, das Urtheil auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, zu einer entsprechenden Anwendung auf den in Rede stehenden Fall nicht für geeignet, da der hier fragliche Schadensersatz nicht an die Stelle eines in Folge der Verletzung erloschenen Unterhaltsanspruches trete und deshalb einem solchen auch in ökonomischer Beziehung nicht gleichgestellt werden dürfe. Das nämliche muß selbstverständlich bezüglich der an die Stelle der Rente getretenen Kapitalabfindung gelten. Nun ist es zwar richtig, daß der fragliche Schadensersatzanspruch nicht die rechtliche Natur eines gesetzlichen Anspruchs auf Unterhalt hat, allein es liegt kein Grund vor, der den Gesetzgeber hindern könnte, denselben auch in Ansehung der Uebertragbarkeit und der Aufnehmbarkeit dem gesetzlichen Unterhaltsanspruch gleichzustellen. Vielmehr spricht die Billigkeit dafür, dies zu thun. Denn anderenfalls ist die nach § 726 ausgeworfene Rente oder Kapitalabfindung dem Zugriffe der Gläubiger des Verletzten ausgesetzt und kann im Falle eines zu dessen Vermögen ausbrechenden Konkurses zur Masse gezogen werden. Mindestens aber müßten die Grundsätze des Reichsgesetzes, betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns vom 21. Juni 1869 Anwendung leiden, da die Entschädigung in Rente oder Kapital ja für die aufgehobene oder verminderte Erwerbsfähigkeit zu gewähren ist, also an Stelle des Gehalts oder Dienstlohns tritt.

§ 727 regelt nur die Ansprüche des Dritten, welcher zu Demjenigen, dem die persönliche Freiheit entzogen worden ist, während der Dauer der Freiheitsentziehung in einem Rechtsverhältnisse steht, bez. in ein solches tritt, durch welches gegen den der Freiheit Beraubten ein gesetzlicher Anspruch auf Unterhalt begründet wird und giebt demselben das Recht, insoweit Schadensersatz zu fordern, als in Folge der Freiheitsentziehung der Anspruch auf den Unterhalt im Inlande mit Erfolg nicht geltend gemacht werden kann. Im Uebrigen soll dieser Ersatzanspruch so behandelt werden, wie der im Falle der Tödtung an die Stelle des Unterhaltsanspruchs tretende. Wenn also der Unterhaltsanspruch überhaupt im Inlande geltend gemacht werden kann, was in der Regel der Fall sein wird, da durch eine

gewaltsame Entführung in das Ausland der Wohnsitz des Entführten nicht verändert wird, so gehört zur Begründung der Klage die Bezugnahme darauf, daß eine Verfolgung des Anspruchs ohne Erfolg sein würde, wenn nicht der Unterhaltsberechtigte seinen Schädenanspruch aus § 704 Absatz 1 unter Bezugnahme auf die Voraussehbarkeit des Schadens begründen kann. Das ist doch jedenfalls sehr gekünstelt, und es ist nicht abzusehen, weshalb der Entwurf von den Vorschriften der neueren Kodifikationen — Preuß. A. L. R. I, 6 § 136, Oesterr. B. G. B. § 1329, Sächs. B. G. B. § 1498, — nach welchen der Thäter, wenn er dem Beschädigten die Freiheit nicht wieder verschaffen kann, dem Unterhaltsberechtigten unbedingt für den Unterhalt aufzukommen hat, nicht gefolgt ist. Liszt[61]) erinnert gegen die Fassung des Entwurfs, daß während an sich unter der Bezeichnung „Freiheitsentziehung" nur das in § 239 des Str. G. B. zugedachte Delikt zu verstehen sei, aus den Motiven — II. 796 — sich ergebe, daß im Sinne des Entwurfs künftighin privatrechtlich auch solche Delikte als „Freiheitsentziehung" bezeichnet werden sollen, welche strafrechtlich niemals so genannt worden sind, nämlich Menschenraub, Kinderraub und Entführung, und daß, wenn ihm der Einwand gemacht werden sollte, der Ausdruck „Entziehung der Freiheit" bedeute eben alle Delikte „gegen die Freiheit," dies nicht richtig sei, da das B. G. B. zu den Freiheitsdelikten im weiteren Sinne auch Nöthigung und Bedrohung rechne. Ich halte diesen lediglich formalen Einwand nicht für begründet. Der Entwurf gebraucht den Ausdruck „Freiheitsentziehung" als terminus technicus für ein bestimmtes Delikt überhaupt nicht, sondern spricht von dem, welcher einem Anderen „die persönliche Freiheit entzieht." Die Entziehung der *persönlichen* Freiheit aber ist ein gemeinsames Thatbestandsmoment verschiedener, nach dem Zwecke, welchen der Thäter damit verfolgt, unterschiedener und verschieden benannter strafrechtlicher Delikte. Auf alle diese Delikte beziehen sich die Bestimmungen des Entwurfs. Nöthigung und Bedrohung gehören nicht dahin, denn sie richten sich nicht gegen die persönliche Freiheit, sondern gegen die Freiheit des Willens. Wird daher der Unterhaltspflichtige von einem Dritten durch Nöthigung oder Bedrohung gehindert, seine Unterhaltsverpflichtung zu erfüllen, so wird der Berechtigte zwar nicht aus § 727, wohl aber aus § 704 Absatz 1 Schadensersatz fordern können.

[61]) a. a. O. S. 32.

§ 728 statuirt eine Ausnahme — die einzige — von dem allgemeinen Grundsatze, daß nur der Vermögensschaden zu ersetzen ist. Danach kann dem an seinem Körper oder seiner Gesundheit Verletzten, demjenigen, welchem die Freiheit entzogen und auch der Frau, gegen welche durch Vollziehung des Beischlafs eine der in den §§ 176, 177, 179, 182 des Str. G. B. bezeichneten strafbaren Handlungen (Nöthigung zum Beischlafe, eigentliche Nothzucht, Verleitung zum Beischlafe, Verführung eines unbescholtenen Mädchens unter 16 Jahren) begangen worden ist, von dem Gerichte auch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens nach freiem Ermessen eine billige Geldentschädigung zugesprochen werden. Der Anspruch auf diese Entschädigung soll aber weder auf die Erben übergehen, noch übertragbar sein, außer wenn er vertragsmäßig anerkannt oder rechtshängig geworden ist.

Durch diese Bestimmung werden, wie die Motive — II. 801 — hervorheben, spezielle Bestimmungen über Schmerzensgeld und die sogenannte Sachsenbuße des Sächsischen Rechts (B. G. B. § 1497), welch' letztere in ihrer Beschränktheit auf einen bestimmten Betrag den gegenwärtigen Lebensverhältnissen jedenfalls nicht mehr entspricht, überflüssig. Hierbei ist nur zu erinnern, daß es sich wohl empfehlen dürfte, diese Bestimmung auch auf die Fälle der Ehrverletzung auszudehnen. Denn gerade bei den Vorgehen gegen die Ehre wird sich ein Vermögensschaden nur sehr schwer begründen und nachweisen lassen. Und die Aussicht auf eine Buße, welche es indessen nur für die Fälle der Verleumdung und verleumderischen Beleidigung des Str. G. B. in § 188 giebt, ist ein sehr schlechter Trost für den Beleidigten, da erfahrungsgemäß Schöffengerichte und Berufungsstrafkammern sehr wenig Neigung haben, sich mit civilrechtlichen Ansprüchen zu beschäftigen und dies auch nicht mit der nöthigen Sorgfalt und Genauigkeit thun können. Liszt[62]) bezeichnet die Bestimmung des § 728 als einen der schlimmsten Fehler des Entwurfs, weil das zu den größten Bedenken Anlaß gebende Institut der Buße durch denselben noch erweitert werde. Ich kann ihm auch hierin nicht beitreten. Denn gerade dadurch, daß der Entwurf dem Richter das Recht giebt, nach freiem Ermessen sowohl als Ersatz für einen Vermögensschaden, als auch wegen eines andern Schadens dem Verletzten eine billige Geldentschädigung zuzusprechen, verliert diese den Charakter

[62]) a. a. O. S. 32.

einer Buße, einer Strafe und erscheint als reiner civilrechtlicher Schadensersatz. Oder soll der Umstand, daß das strafrechtliche Institut der Buße nichts taugt, dahin führen, dem Verletzten den Anspruch auf einen in das Ermessen des Richters gestellten Schadensersatz zu verweigern?

Die §§ 729—733 regeln durch besondere Bestimmung die Fälle, wenn aus einem Gebäude nach einer öffentlichen Straße oder nach Orten hinaus, wo Menschen zu verkehren pflegen, eine Sache ausgegossen oder ausgeworfen oder eine Sache ohne gehörige Befestigung an einem Gebäude ausgestellt oder ausgehängt und durch das Ausgießen, Auswerfen oder Hinabfallen der Sache ein Anderer beschädigt wird.

§ 729 schreibt vor, daß, wenn durch das Ausgießen oder Auswerfen ein Schaden entstanden ist, der Inhaber des Gebäudes oder wenn Mehrere das Gebäude nach Abtheilungen inne haben, der Inhaber des Theils, von welchem aus der Schaden bewirkt worden ist, zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, außer wenn er den Thäter nachzuweisen oder zu beweisen vermag, daß der Schaden durch eine Handlung bewirkt worden ist, für welche er nach den für die Haftung aus unerlaubten Handlungen geltenden allgemeinen Vorschriften nicht verantwortlich ist. Der juristische Grund, aus welchem dem Inhaber des Gebäudes bezw. eines Theils desselben die Haftung auferlegt worden ist, liegt nach den Motiven — II. 805 — in der Rechtsvermuthung, daß der Inhaber die Handlung verschuldet habe. In der Praxis wird sich diese Bestimmung als sehr harmlos erweisen. Denn wenn aus einer Miethskaserne, die aus Erdgeschoß und fünf Obergeschossen besteht, in deren jedem nicht blos eine, sondern mehrere Miethparteien und bez. Untermiether wohnen, etwas herausgeworfen oder ausgegossen wird, so wird es dem auf der Straße vorübergehenden Beschädigten sehr schwer fallen, zu ermitteln, aus welchem Theile des Hauses die That begangen worden ist. Und wenn ihm dies auch gelingen sollte, so wird dem Inhaber dieses Theiles des Hauses die Ermittelung des Thäters und bez. der Exkulpationsbeweis nicht schwer werden. Bähr[63]) und Gierke[64]) sind denn auch mit dieser Bestimmung durchaus nicht einverstanden und verlangen, daß — nach dem Vorgange des Oesterr. B. G. B. § 1318 und des Bad. L. R. Satz 1384 a — der Inhaber der Wohnung für unbedingt

[63]) a. a. O. S. 92.

[64]) a. a. O. S. 257.

haftbar erklärt und ihm der Entschuldigungsbeweis ganz versagt werde. Bähr sagt: „Ich halte das für keine Gerechtigkeit." Ich bin hier anderer Ansicht und meine vielmehr, daß § 729 zu streichen ist. Es liegt weder ein legislatorischer noch ein praktischer Grund vor, in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen zu Gunsten eines so unwichtigen Verhältnisses eine Rechtsvermuthung für die Verschuldung aufzustellen, während in anderen weitaus wichtigeren Fällen eine solche Ausnahme als unthunlich bezeichnet wird. Auch könnte doch die Annahme einer Rechtsvermuthung für das Vorhandensein einer Verschuldung nur dann als gerechtfertigt erscheinen, wenn zwischen dem schädigenden Ereignisse und demjenigen, welchen die Vermuthung der Verschuldung treffen soll, eine äußere Kausalität besteht. Das ist hier nicht der Fall. Man nehme z. B. folgenden Fall: — Ein Freund des Haussohns kommt, um diesen zu besuchen, wird in seiner und des Hausvaters Abwesenheit in dessen Zimmer geführt, wirft eine Flasche zum Fenster hinaus, die einen Vorübergehenden verletzt. — Hier fehlt es an jedem äußeren Grunde, die Verletzung auf eine Verschuldung des Hausvaters zu beziehen, die Vermuthung seiner Verschuldung ist eine ganz willkürliche Fiktion und ich glaube auch kaum, daß Herr Dr. Bähr das für Gerechtigkeit halten würde. Auch weder der code civil noch das Schweizerische Obl. R., die im Uebrigen im Gebiete des Schadensersatzrechtes einen sehr fortgeschrittenen Standpunkt einnehmen, enthalten der actio de effusis et dejectis entsprechende oder nachgebildete Vorschriften.

Mit dem § 729 müssen selbstverständlich auch die §§ 730 und 731 über den Regreßanspruch des Ersatzverpflichteten gegen den Thäter, die Gesammthaftung mehrerer Inhaber eines Gebäudes bezw. eines Theils desselben, sowie der eine kurze einmonatliche Verjährung für Ansprüche der in Rede stehenden Art bestimmende § 732 fallen, gegen die im Uebrigen etwas nicht einzuwenden sein würde.

Beruht die Vorschrift in § 733, wonach die Bestimmungen der §§ 729 bis 732 entsprechende Anwendung finden sollen, wenn eine Sache ohne gehörige Befestigung an einem Gebäude ausgestellt oder ausgehängt und durch ihr Herabfallen ein Anderer beschädigt worden ist, nach den Motiven — II. 808 — auf den gleichen Gründen, welche zu den Vorschriften der §§ 729—732 geführt haben, so stehen auch ihr die nämlichen Bedenken entgegen.

§ 734 behandelt die Verletzungen durch Thiere. Derselbe bestimmt:

„Wer ein Thier hält ist verpflichtet, unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters diejenigen Vorsichtsmaßregeln zu treffen, welche erforderlich sind, um das Thier an der Zufügung von Beschädigungen zu hindern. Wird diese Pflicht verletzt, so ist der Halter des Thieres zum Ersatze des daraus einem Dritten entstandenen Schadens nach Maßgabe der §§ 704, 722 bis 726 und des § 728 Absatz 1 verpflichtet.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht für den Halter des Thieres übernommen hat."

Die Motive — II. 811 — heben mit Recht hervor, daß besondere Bestimmungen darüber, inwiefern derjenige, welcher ein Thier hält, zum Ersatze des durch das Letztere verursachten Schadens verpflichtet ist, unentbehrlich seien, weil beim Mangel derselben nach den allgemeinen Grundsätzen der Beschädigte in vielen Fällen auf Schadenersatz keinen Anspruch haben würde, obschon das praktische Bedürfniß ein Anderes erfordert. Aber durch die Art und Weise, wie der Entwurf diese Materie geregelt hat, wird dem praktischen Bedürfnisse keineswegs genügt. Der Entwurf beabsichtigt — wie die Motive ausführen — weiter nichts als eine Bestimmung zu treffen, welche dem „Halter" eines Thieres die Pflicht zur gehörigen Verwahrung und Beaufsichtigung desselben dergestalt auferlegt, daß die Verletzung dieser Pflicht sich civilrechtlich als eine widerrechtliche Handlung darstellt und damit unter § 704 fällt. Dagegen ist es bedenklich gefallen, nach dem Vorbilde des Gem. Rechts, des code civil, des Bad. L. R. und des Sächs. B. G. B. den Eigenthümer eines Thieres oder Denjenigen, welcher ein Thier hält, für den von dem Thiere angerichteten Schaden ohne Rücksicht auf ein Verschulden desselben verantwortlich zu machen, wenn auch mit der Modifikation, daß der Eigenthümer oder Thierhalter sich durch Ueberlassen des Thieres oder seines Werthes an den Beschädigten befreien könnte, denn damit „würde man den Boden des Delikts verlassen und, wenn auch nicht ein fingirtes Delikt, doch eine in das Rechtssystem sich schwer einfügende gesetzliche Obligation schaffen." Zu einer solchen positiven Regelung fehle es an praktischen Gründen. Sehr doktrinär, aber unpraktisch! Dem Beschädigten ist durch die Bestimmung des Entwurfs nicht geholfen. Den Beweis: daß der Halter des Thieres bei der Beaufsichtigung des Thieres die „Sorgfalt eines ordentlichen Haus-

vaters" vernachlässigt habe, muß er doch führen, um seinem Schaden beizukommen, und das wird in den meisten Fällen sehr schwierig, oft unmöglich sein. Ist es nicht viel richtiger und dem Rechtsgefühle entsprechender, wenn die Haftung Demjenigen auferlegt wird, welcher durch das Halten des Thieres den Anlaß zu einer Schädigung durch dasselbe bietet, welcher den Nutzen von dem Thiere zieht, als einem Andern, welchem das Thier gar nichts angeht und welcher auf dessen Verwahrung nicht den geringsten Einfluß nehmen kann? Dem Eigenthümer des Thieres das Recht zu geben, sich durch die Ueberlassung des Thieres an den Beschädigten vom Schadensersatze unter allen Umständen zu befreien, entspricht dem praktischen Bedürfnisse nicht. Was nützt es Einem, der von einem bösen Hunde gebissen worden ist, wenn er den Köter bekommt? Auch Giercke[65]) ist mit der Fassung des § 734 nicht einverstanden; er sagt: „So ist alle „Irrationalität" in dieser Materie, in der uns bisher noch ein frischer Erdgeruch erquickte, glücklich beseitigt."

§ 735 legt dem Besitzer eines Grundstücks die Verpflichtung auf, unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters dafür zu sorgen, daß ein auf dem Grundstücke befindliches Gebäude oder sonstiges Werk nicht in Folge fehlerhafter Einrichtung oder in Folge mangelhafter Unterhaltung einstürzt und macht ihn für den infolge der Verletzung dieser Pflicht erfolgten Einsturz einem Dritten entstehenden Schaden in Gemäßheit von §§ 704', 722 bis 726 und § 728 Abs. 1 haftbar. Dem Besitzer eines Grundstücks gleichgestellt wird in dieser Hinsicht Derjenige, welcher in Ausübung seines Rechts auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude oder sonstiges Werk hält, sowie Derjenige, welcher für einen anderen Verpflichteten die Unterhaltung des Werkes übernommen hat.

Der Grundgedanke dieser Bestimmungen ist im Wesentlichen derselbe wie der, auf welchem § 734 beruht. „Es ist bedenklich", — führen die Motive II. 815 flg. aus — „den Besitzer jeder, auch einer beweglichen Sache zu verpflichten, die Letztere mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in dem Stande zu erhalten, welcher die Möglichkeit der Beschädigung eines Dritten ausschließt. Eine derartige Bestimmung würde auch, namentlich in ihrer Erstreckung auf bewegliche Sachen, weit über das Bedürfniß hinausgehen. Werde durch eine bewegliche Sache ein Schaden angestiftet, so werde regelmäßig

[65]) a. a. O. S. 257.

ein Handeln des Besitzers vorausgegangen sein, welches ihn nach den sonstigen Grundsätzen über Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen verantwortlich mache. Nur in Ansehung der Grundstücke, bei welchen ein solches Handeln nach der Natur der Dinge in vielen und überaus wichtigen Fällen nicht angenommen werden könne, verhalte es sich anders. Indessen auch hinsichtlich der Grundstücke habe das Gesetz nur wegen des Einsturzes der darauf befindlichen Gebäude und sonstigen Werke Vorsorge zu treffen. Durch den Einsturz der auf Grundstücken befindlichen Gebäude und ähnlichen Werke könnten zahlreiche Dritte in erheblichstem Maße geschädigt werden. Der Gesetzgeber habe daher den dringendsten Anlaß, zur thunlichsten Verhütung solcher Schäden durch positive Bestimmungen einzugreifen." Und dies geschieht nun in der Weise, daß dem Eigenthümer die Verhütung des Einsturzes zur Pflicht gemacht und dadurch die Verletzung dieser Pflicht zu einem Civildelikt gestempelt, dabei aber dem Geschädigten der Beweis des Verschuldens und des Kausalzusammenhangs bezw. auch noch der Voraussehbarkeit des Schadens aufgebürdet wird.

Die Begründung der Motive ist ganz unhaltbar und führt zu den bedenklichsten Konsequenzen: Danach ist kraft seines Eigenthumsrechtes Jeder berechtigt, seine Sache so schadhaft werden zu lassen, daß sie Dritten Schaden droht, nur ein Gebäude oder sonstiges — ähnliches — Werk darf er nicht einstürzen lassen. Der Gedanke, daß das Recht des Einzelnen nicht blos durch direkt entgegenstehende Befugnisse Dritter beschränkt wird, sondern auch in dem Rechtskreise Dritter eine Schranke findet, daß es nach der Rechtsordnung verboten sein muß, durch mißbräuchliche Rechtsausübung in den Rechtskreis Dritter einzugreifen, ist dem Entwurfe vollständig fremd, er ist hier von den romanistischen Ideen gänzlich eingenommen [66]). Und wenn das Schadhaftwerden einer beweglichen Sache zweifellos ebenso gut und ebenso oft nicht durch ein Handeln, sondern durch ein Unterlassen herbeigeführt werden kann, wie das Schadhaftwerden eines Gebäudes, so ist nicht abzusehen, weshalb der Gesetzgeber nicht auch dagegen gerichtete Bestimmungen trifft.

Noch weniger ist zu verstehen, weshalb nur der Einsturz eines Gebäudes, also das gänzliche Zusammenfallen, und nicht auch das Abfallen einzelner Bestandtheile eine besondere Vorsorge Seitens des

[66]) Gierke a. a. O. Bd. XII S. 195, Bd. XIII S. 251.

Gesetzgebers erfordern soll. Die Gerechtigkeit erfordert, daß Jeder haftbar gemacht wird für die Schäden, welche durch die Schadhaftigkeit der seiner Machtsphäre unterworfenen Sachen einem Dritten verursacht werden. Mindestens aber wäre eine gesetzliche Vermuthung für die Verschuldung mit Zulassung des Gegenbeweises aufzustellen gewesen, und hier mit viel größerer Berechtigung wie für die Fälle des § 729, und es ist nicht erfindlich, weshalb die Motive hier das Vorhandensein eines Bedürfnisses nach einer Rechtsvermuthung in Abrede stellen.

Endlich ist es nicht zu billigen, daß der Entwurf nicht dem Eigenthümer des Grundstücks, sondern dem Besitzer desselben, d. h. demjenigen, welcher das Grundstück mit dem Willen innehat, dasselbe als das seinige zu haben, die Verpflichtung zur Instandhaltung und bezw. der Schadensersatzpflicht auferlegt. Wenn die Motive — II. 818 — als Grund dafür angeben, daß es unbillig erscheine, dem Eigenthümer, welcher nicht Besitzer und daher wegen des fehlenden Besitzes regelmäßig auch außer Stande sei, die Verpflichtung zu erfüllen, diese gleichwohl aufzuerlegen, so ist dagegen zu erinnern, daß, da nach § 828 des Entwurfs zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erforderlich ist und nach § 798 der Besitz einer Sache nur insoweit möglich ist, als Eigenthum an der Sache möglich ist, auch von dem Besitze eines Grundstücks ohne Eigenthum nicht die Rede sein kann.

Eine Ausnahme wäre nur zu machen, wenn sich das Grundstück auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts in der Innehabung und Nutzung eines Dritten befindet, in welchem Fall dann dieser für den Schaden aufzukommen hätte, weil er den Nutzen davon hat.

Der § 736 regelt die Frage, inwieweit ein Beamter wegen Verletzung einer ihm obliegenden Amtspflicht dem hierdurch Geschädigten ersatzpflichtig ist. Er bestimmt:

„Ein Beamter, welcher die gegenüber Dritten ihm gesetzlich obliegende Amtspflicht aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verletzt, ist für den hieraus einem Dritten entstandenen Schaden nach Maßgabe der §§ 704, 722 bis 726 und des § 728 Absatz 1 verantwortlich.

Ist ein Beamter, welcher verpflichtet ist, einen Andern zu der Geschäftsführung für einen Dritten zu bestellen oder die einem Andern für einen Dritten obliegende Geschäftsführung zu beaufsichtigen oder bei einer solchen Geschäfts-

führung durch Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung zu Rechtsgeschäften mitzuwirken, wegen Verletzung dieser Pflichten aber dem Andern für den von dem Letzteren zugefügten Schaden verantwortlich, so finden die Vorschriften in § 713 entsprechende Anwendung.

Ein Beamter, welcher bei der ihm obliegenden Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache seine Amtspflicht verletzt, ist für den hieraus entstandenen Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist."

In den Motiven — II. 822 flg. — wird die Frage aufgeworfen, ob es vom Standpunkte des Entwurfs aus überhaupt besondere Bestimmungen in der hier in Rede stehenden Richtung bedürfe, da im Falle einer mit Kriminalstrafe bedrohten Amtspflichtverletzung wegen Verletzung eines absoluten Verbots eine widerrechtliche Handlung im Sinne des ersten Absatzes von § 704 vorliege und wenn durch die Pflichtverletzung ohne amtliche Berechtigung in den Kreis der absoluten Rechte eines Anderen eingegriffen werde, eine widerrechtliche Handlung im Sinne des zweiten Absatzes des § 704 gegeben sei, endlich auch diejenigen Verletzungen der Amtspflicht, welche weder zu der einen oder der anderen der gedachten beiden Gruppen gehören, dann als widerrechtliche Handlungen im Sinne von § 704 wegen Verletzung eines absoluten Verbotes anzusehen seien, „wenn die — verletzte — Dienstpflicht nach der Dienstvorschrift, durch welche die Amtspflicht bestimmt wird, dem Beamten auch Dritten gegenüber mit rechtsverbindlicher Kraft auferlegt ist." Hiernach blieben, als durch § 704 nicht gedeckt, nur übrig Verletzung von Amtspflichten, zu deren Erfüllung Dritten d. h. Privatpersonen gegenüber, der Beamte nach der Dienstvorschrift nicht verpflichtet ist. Die Motive machen sich nun das Bedenken, daß durch Stillschweigen über die in Rede stehende Materie ein doppeltes Mißverständniß herbeigeführt werden könne. Einmal dahin, daß auch die zuletzt gedachte Gruppe von Amtspflichtverletzungen unter § 704 subsummirt werden könne, das andere mal dahin, daß die Verletzung der Amtspflicht, sofern sie nicht in den allgemeinen Strafgesetzen vorgesehen sei, oder einen unberechtigten Eingriff in den Kreis der absoluten Rechte eines Anderen enthalte, auf Grund des § 704 niemals zum Schadensersatz verpflichte, da die verletzte Pflicht nur als „obligatorische" gegenüber

dem Staate, der Gemeinde u. s. w. als Dienstherrn besteht und demzufolge auch nur der Dienstherr einen Anspruch auf Schadensersatz zu erheben vermöge. Diese Bedenken sind unbegründet, lassen aber ein gewisses — und sehr berechtigtes — Mißtrauen in die Verständlichkeit der Begriffsbestimmungen des § 704 erkennen. Wenn also der Entwurf für die Haftpflicht der Beamten keine anderen Bestimmungen treffen wollte, als sich aus § 704 ergeben, dann ist der erste Absatz des § 736 überflüssig. Das Gleiche ist von Abs. 2 des § 736 zu sagen, der vollständig durch die §§ 710 bis 713 gedeckt erscheint.

Es muß aber die Frage aufgeworfen werden, ob nicht Veranlassung vorliegt, die Frage der Haftpflicht der Beamten aus Verletzungen ihrer Amtspflicht abweichend von den Grundsätzen des § 704 zu regeln. Nach dem Entwurfe haftet der Beamte, außer insoweit ihm die Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache obliegt, nicht bloß für Vorsatz, sondern auch für jede Fahrlässigkeit in Erfüllung seiner Pflichten. Nun sind aber die Beamten auch nur Menschen und manchmal sehr geplagte, mit Geschäften überhäufte. Insbesondere der Hypotheken- und der Vormundschaftsrichter sind fortwährend genöthigt, Entschließungen zu fassen, bei denen, abgesehen von den unendlich mannichfachen Vorschriften in Gesetzen und Verordnungen, abgesehen von den vielen Präjudizien, ein umfängliches und verwickeltes Aktenmaterial zu berücksichtigen ist. Kann man einen Grundbuchrichter unbedingt verantwortlich machen, wenn er irgend einen geringen formellen Mangel übersieht und in Folge dessen einen anfechtbaren Eintrag in das Grundbuch bewirken läßt? Und welchem Vormundschaftsrichter kann man einen Vorwurf daraus machen, wenn er in der Ueberwachung eines Vormundes, der ein ausgedehntes Handelsgeschäft eines Bevormundeten leitet, etwas übersieht, da hierzu doch Kenntnisse gehören, welche man ihm gar nicht zumuthen kann? Aber gerade im Grundbuch- und Vormundschaftswesen ist — wie jeder Praktiker weiß — eine allzu ängstliche schablonenhafte Behandlung der Sachen oft mit den größten Nachtheilen und Unbequemlichkeiten für die Betheiligten verbunden. Wie oft kommt es vor, daß einem Eintrage in das Grundbuch ein unbedeutendes formelles Bedenken entgegensteht oder auch nur entgegengesetzt werden könnte, welches nach menschlicher Voraussicht irgend welchen materiellen Einfluß nicht zu äußern vermag. Kann man es dem Grundbuchrichter verdenken, wenn er den beantragten Eintrag

im Hinblick auf einen möglichen Ersatzanspruch ablehnt, wenn auch noch so große materielle Interessen der Betheiligten dabei auf dem Spiele stehen. Auch dem Vormundschaftsrichter ist es nicht zu verdenken, wenn er sich streng an die gegebenen Vorschriften hält, wenn er die Genehmigung zur Fortführung eines blühenden Handelsgeschäfts, welches der Unmündige vom Vater ererbt hat, verweigert, weil die Ueberwachung desselben mit zu großen Gefahren für ihn verbunden ist, wenn er den Verkauf von im Nachlasse vorgefundenen, nicht mündelmäßigen, aber gute Zinsen tragenden Werthpapieren veranlaßt, um nicht für einen etwa später eintretenden Verlust verantwortlich gemacht zu werden? Meiner Ansicht nach entspricht es nicht nur der Billigkeit, sondern liegt auch im Interesse des Publikums, wenn das Gespenst der Schadensersatzpflicht für den Richter in so weite Ferne gerückt wird, daß er durch dasselbe in coulanter, die Bedürfnisse des Verkehrs berücksichtigender Erfüllung seiner Amtspflichten nicht behindert wird. Es muß deshalb nach dem Vorgange des Sächs. B. G. B. (§ 1506) und des Züricher G. B. (§ 1852) die Schadensersatzpflicht der Beamten von dem Vorhandensein absichtlichen Verschuldens oder grober Fahrlässigkeit abhängig gemacht werden.

Wenn im dritten Absatze die Schadensersatzpflicht eines rechtsprechenden Beamten auf die Fälle beschränkt wird, in denen die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Verfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist, so ist dies durch die Erwägung gerechtfertigt, daß man einem solchen Beamten nicht die Kenntniß sämmtlicher Bestimmungen des positiven Rechts zumuthen oder ihn wegen irriger Anwendung oder Auslegung derselben zur Verantwortung ziehen kann. Allein daß diese Unverantwortlichkeit auf den richterlichen Beamten, insoweit ihm die Leitung einer Rechtssache obliegt, ausgedehnt hat, halte ich mit Bähr[67]) für ungerechtfertigt, da die Gründe, welche aus der Natur des Rechtsprechens für die Unverantwortlichkeit hervorgeleitet werden, für die Prozeßleitung nicht zutreffen.

Als einen Mangel des Entwurfs muß ich es ferner bezeichnen, daß derselbe nicht besondere Bestimmungen über die Haftung öffentlich angestellter Sachverständiger, wie das Sächs. B. G. B. im § 1508, aufgenommen hat. Wenn dies nach den Motiven —

---

[67]) a. a. O. S. 92.

II. 827. — unterblieben ist, weil dadurch „in nicht zu billigender Weise ein besonderes civilrechtliches Delikt geschaffen werden würde", so ist nicht abzusehen, weshalb der Entwurf in diesem Falle so ängstlich ist, während er sich doch kein Bedenken gemacht hat, in den §§ 734. 735. solche „besondere civilrechtliche Delikte" zu schaffen, zumal bei der Schwierigkeit, gegen einen gerichtlichen Sachverständigen, der aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit in einem Prozesse ein falsches Gutachten abgegeben und dadurch die Entscheidung desselben zu Gunsten einer Partei veranlaßt hat, einen Schadensanspruch aus § 704 Absatz 1 zu begründen, ein Bedürfniß hierzu offenbar vorliegt.

Endlich habe ich noch mit Gierke[68]) auszustellen, daß der Entwurf die Regelung der Frage nach der civilrechtlichen Haftung des Staates und der Gemeinde für die von einem Beamten verhangenen Verletzungen seiner Amtspflicht abgelehnt hat, weil dieselbe öffentlich rechtlicher Natur sei. Denn diese Frage ist, wie Gierke mit Recht hervorhebt, nicht weniger privatrechtlicher Natur als die Frage nach der Haftung der Beamten überhaupt. Auch ist der Staat, insofern er sich für die Dienste seiner Beamten bezahlen läßt, und zwar recht gut, gegenüber dem Rechtsuchenden in keiner andern rechtlichen Lage als der Arbeitgeber in Bezug auf seine Gehilfen und es könnte nur in Frage kommen, ob es nicht gerechtfertigt ist, dem Staat eine weitergehende Haftung als den Beamten selbst und zwar die Haftpflicht in demselben Umfange aufzuerlegen, wie dem Arbeitgeber. Hierfür spricht insbesondere noch der Umstand, daß dem Einzelnen die Wahl des Beamten, durch welchen er seine Geschäfte besorgen lassen will, nicht freigegeben, er vielmehr gezwungen ist, seine Angelegenheiten dem zuständigen Beamten in die Hände zu legen, auch wenn er gegründete Ursache hat, dessen Befähigung zu mißtrauen.

Es erübrigt mir zum Schlusse, noch die allgemeinen Grundsätze kurz zusammenzufassen, auf denen ich das Schadensersatzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich aufgebaut sehen möchte:

Wer einen Andern durch sein Thun oder widerrechtliches Unterlassen einen Schaden zufügt, ist demselben zum Ersatze verpflichtet, außer wenn ihm in Bezug auf den dem Beschädigten entzogenen Gegenstand ein besseres Recht zusteht und im Falle der Nothwehr.

Schadensersatz kann gefordert werden nicht blos für Vermögens-

[68]) a. a. O. S. 259.

einbuße, sondern auch wegen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, der Ehre und der übrigen sogenannten immateriellen Lebensgüter.

Voller Schadensersatz, sowohl die erlittene Vermögenseinbuße als den entgangenen Gewinn umfassend, ist unbedingt zu gewähren, wenn vorsätzlich das Recht eines Anderen verletzt worden ist. In allen andern Fällen hat der Richter je nach den Umständen des konkreten Falls bez. nach dem Grade der Verschuldung den Umfang der Ersatzleistung nach freiem Ermessen zu bestimmen.

Der Arbeitgeber haftet, abgesehen von einem obligatorischen Verhältnisse, für das Verschulden seines Arbeiters insoweit, als das Verschulden in Ausführung der dem Arbeiter übertragenen Verrichtung begangen worden ist.

Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt mit dem Ablaufe von drei Jahren von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem der Beschädigte von dem erlittenen Schaden und der Person des Thäters Kenntniß erlangt hat, in allen anderen Fällen in zwanzig Jahren.

Ich bin mir bewußt, in welchem grellen Widerspruche diese Grundsätze zu dem durch Jahrhunderte als Evangelium gelehrten und auch zur Zeit noch von den meisten Gelehrten und Praktikern heilig gehaltenen Schuldprinzipe stehen und daß sie heftige Widersprüche erfahren werden. Ich bin aber der Ueberzeugung, daß der Entwurf in dem von mir behandelten Abschnitte dem Rechtsbewußtsein des Volkes nicht entspricht, daß er uns ein nationales Recht nicht bietet, ja daß er sogar einen Rückschritt bedeutet, und daß, wenn er Gesetz werden sollte, die Rechtsentwickelung auf dem Gebiete des Schadensersatzrechts für unabsehbare Zeit gehemmt sein würde. Diese Ueberzeugung allein hat mir den Muth gegeben, meine Ansichten offen auszusprechen; vielleicht auch finden sie von berufenerer Seite Unterstützung und dadurch Beachtung.

Der Entwurf des Einführungsgesetzes.

Von Rechtsanwalt Hartmann in Nürnberg.

Vorbemerkung.

Der Artikel 1 des Einführungsgesetzes soll den offengelassenen Zeitpunkt der Einführung des Gesetzes bestimmen. In dem natürlichsten Zusammenhange mit der Frage nach dem Zeitpunkte des Inslebentreten des Gesetzbuches steht jene nach der Möglichkeit der Einführung: Die so viel umstrittene Frage, ob der Entwurf als eine geeignete Grundlage für die einheitliche Rechtsgesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts erachtet werden kann.

Es hat nicht an Urtheilen gefehlt, welche dies in schroffster Form verneinten. Es ist eine erfreuliche Thatsache, daß trotz lebhafter Antheilnahme aus fast allen Kreisen der theoretischen und praktischen Jurisprudenz, wie mancher Laienkreise an der Beurtheilung des Gesetzbuches diese Kritiken nicht nur in der weitaus verschwindenden Minderheit blieben, sondern auch diese so strenge vernichtenden Urtheile selbst im Laufe der Zeit eine erhebliche Abschwächung erlitten. In einer der frühesten, zugleich aber auch der geistvollsten und erschöpfendsten Kritiken wird der Entwurf mehr römisch als deutsch, ein dem eigenen Volke mit sieben Siegeln verschlossenes Buch genannt, durch welches dem deutschen Recht der Todesstoß zugedacht sei.[1] Allein noch am Schlusse derselben Kritik wird an der Möglichkeit einer Umarbeitung nicht verzweifelt, und eine Umschmelzung mit Ausscheidung unedlen Metalles und einer Zuthat deutschen Edelmetalles als recht wohl möglich bezeichnet.[2]

[1] Gierke, der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht S. 14.

[2] Gierke a. a. O. S. 585.

Allein wo ist das unedle Metall? Wer immer den romanistischen Gedankenaufbau zum Ausgangspunkte seines Tadels nimmt, der übersieht, daß seit Jahrhunderten die Grundlagen nicht unserer Rechtsbildung etwa allein, sondern jeder Rechtsbildung überhaupt romanistische waren.

Welche Gesetzgebung besteht, welche der romanistischen Fundamente je entrathen hätte, oder überhaupt entrathen könnte? Sind sie etwa dem preußischen Landrecht, welches ein deutsches Gesetzbuch[3]) genannt wird, fremd geblieben? Steht das sächsische oder das österreichische Gesetzbuch dem romanistischen Rechtsgedanken etwa ferner? Hat nicht der Musterstaat aller wirthschaftlichen Entwicklung, das junge nordamerikanische Staatswesen in einem großen Umfange seines Gebiets das römische Recht als gemeines Recht recipirt?

Wenn man hiegegen stets und stets von der Unterjochung und Verkümmerung deutschen Rechts spricht, wenn man immer und immer den germanistischen Rechtsgeist als Rächer des Verrathes beschwört, welcher durch das romanistische Gepräge des Gesetzes an dem deutschen Volksthum geübt sein soll, so muß eben gesagt werden, so hart es auch klingen mag, daß dasjenige, was man mit Vorliebe und als Ausflüsse des nationalen Rechtsbewußtseins, als Auswüchse des deutschen Rechtsgeistes bezeichnet, im deutschen Rechtsleben nur in höchst beschränkter Weise Wurzel geschlagen hat.

Oder glaubt man in der That den todten Schemen unserer rechtsgeschichtlichen Entwicklung ein künstliches Leben einhauchen zu können? Glaubt man durch die Wiederbelebung der Gewere, des väterlichen und eheherrlichen Mundium[4]), das nationale Rechtsbewußtsein wieder erwecken zu können? Glaubt man durch den Gebrauch der sogenannten deutschen Rechtswörter, wie „Kinder in der Were, Mundwalt, Schlüsselgewalt", den so herb getadelten Mangel an Volksthümlichkeit und Volksverständlichkeit beseitigen, das Verständniß des Gesetzbuches fördern zu können?

Weder die deutsche Zerrissenheit, noch die sieghafte Macht der romanistischen Rechtslehre hätten es vermocht, ein deutsches Recht zu unterdrücken, wenn ein wahrhaft deutsches Recht wirklich vorhanden gewesen wäre.

Jener kosmopolitische Zug, welcher den Deutschen bereits im 11. und 12. Jahrhundert bald nach Südfrankreich, (Troyes; Bar sur

[3]) Gierke a. a. O. S. 14.

[4]) Vgl. Gierke a. a. O. S. 49.

Aube) bald wie die Kölner nach London, bald nach Venedig und Genua, bald der Donaustraße entlang bis nach Belgrad führte, blieb nicht ohne Einfluß auf die Rechtsbildung. So wurde fremdes Gewerbe-, Handels-, Wechselrecht rezipirt, lange bevor die humanistische Bewegung den Anstoß zur Rezeption des römischen Rechts gab. Kaum eine Seite des Privatrechts konnte sich fremdrechtlichen Einflüssen entziehen, selbst auf das Gebiet des Familienrechts in den deutschen Stadtrechten, in welchen man doch den Urquell deutschen Rechtsgeistes erkennt, erstreckte sich die Rezeption. So erbat sich, um dies nur mit einem einzigen Beispiel zu belegen, der Rath der Stadt Nürnberg durch Brief vom 6. Juni 1506 von dem Dogen Leonardo Lauredano die venetianischen Vormundschaftsgesetze, welche in einer kostbaren Pergamentschrift durch eine eigene Deputation am 8. November 1506 dem Rathe übergeben wurden, welcher das venetianische Vormundschaftsrecht sofort einführte[5]). Und in diesem Stadium fortgesetzter Rechtsentlehnung befindet sich unsere Rechtsbildung heute noch: wir entlehnen englisches Checkrecht, niederländisches Warrantrecht: die Rezeption greift durch das Medium der gewohnheitsrechtlichen Bildung der Codification vor. Uebertragen wir darum den nationalen Chauvinismus nicht auf die Gesetzgebungsfrage.

Unsere Codification wird auch, wenn sie von romanistischen Elementen sich nicht freigehalten hat, und der Natur der Sache nach nicht freihalten konnte, doch den kommenden Generationen nicht minder als ein nationales Gesetzbuch gelten, weil es als ein einheitliches Recht die deutschen Stämme verbindet und deutsche Art und deutsche Sitte mit dem durch das Gesetzbuch sanktionirten deutschen Recht unlöslich sich verschmelzen werden.

Man bestreitet allerdings die Möglichkeit eines solchen Assimilationsprozesses, indem man dem Gesetzbuch die Volksthümlichkeit abspricht. Man tadelt die abstrakte doktrinäre Sprachweise, die Schwerfälligkeit des Ausdrucks, die pedantischen Wendungen[6]), welche es verhindern werden, daß der Entwurf jemals volksthümlich oder volksverständlich werde. Gewiß ist dieser Tadel nicht unberechtigt. In dem Bestreben genau zu sein, ist man schwerfällig geworden; man

[5]) Wagenseil, Commentatio de rebus notabisibus, Norimberg cap. XXV. Benedetti, intorno alle relazioni comercialo della republicke di Venezia e di Norimberja.

[6]) Gierke a. a. O. S. 29. Bekker, System und Sprache S. 38. Klöppel, in Beiträge für das Recht, Bd. 32 S. 611 und fgd.

hat die Forderung der Deutlichkeit über die Forderung der Knappheit und Straffheit des Ausdrucks gestellt, und ist darum in den Fehler langathmiger Perioden und Satzkonstruktionen verfallen, welche gewiß nicht das Verständniß des Gesetzes erleichtern. Allein dieser Mangel der redaktionellen Fassung ist zweifellos bei der zweiten Lesung leicht verbesserungsfähig.

Man gebe sich indessen keiner Täuschung hin. Auch bei einer flüssigeren, weniger schwerfälligen Sprache des Gesetzes wird das Ideal, daß sich der begabte und gebildete Laie ein Bild seines Inhalts machen kann, eben nur Ideal bleiben[7]). Das Bild wird immer nur die feineren Umrisse in unklaren und verschwommenen Linien zeigen.

Das organische Gefüge einer privatrechtlichen Gesetzgebung enthält ein viel zu feines Gespinnst juristischer Gedankenfäden, als daß ihre Lösung und Trennung dem Laien gelingen könnte.

Trotz aller Knappheit und Präzision der Rechtssprache, durch welche sich der code civil auszeichnet, wird derselbe auch heutzutage noch dem juristischen Laien nicht die Stelle eines Nachschlagebuchs vertreten, welcher juristischen Beirath überflüssig erscheinen ließe. Es dürfte wenig Gesetze geben, welche sich durch eine so faßliche und klare Ausdrucksweise auszeichnen, als unser Reichsstrafgesetzbuch. Die ethischen und religiösen Grundlagen, auf welchen ein großer Theil der Strafbestimmungen ruht, sind gewiß nur geeignet, das Verständniß des Gesetzes zu unterstützen. Und dennoch belehrt uns die tägliche Erfahrung im Schwurgerichtssaal, daß, sobald mit Rechtsbegriffen, beispielsweise Urkundenfälschung, Betrug 2c. 2c., gerechnet werden muß, die Geschworenen einem richtigen Verständniß derselben trotz aller Erörterungen von Seite des Staatsanwalts, der Vertheidigung und der Rechtsbelehrung durch den Präsidenten sehr schwer zugänglich sind.

Ein dritter schwer wiegender Vorwurf ist der, daß der Entwurf dem sozialen Charakter des Privatrechts nicht gerecht geworden, daß derselbe ein zu individualistisches Gepräge trägt.[8]) Auch in diesem Vorwurfe liegt mehr Schein als Wahrheit.

Gewiß darf der Gesetzgeber an den genossenschaftlichen Bildungen, welche das Bedürfniß des wirthschaftlichen Lebens hervorgerufen und außerhalb der Sphäre der juristischen Personen und der Gemeinschaft (communio) liegen, nicht achtlos vorübergehen; ihre Ausgestaltung im

[7]) Vergl. Ring in Archiv für bürgerliches Recht I. S. 194.

[8]) Gierke a. a. O. S. 24.

Sinne des modernen Rechtsbedürfnisses ist seine Aufgabe. Die Nichtberücksichtigung dieser Aufgabe bildet eine Lücke des Entwurfs, deren Ausfüllung aber ohne Schwierigkeit ermöglicht ist. Aber diese Rücksichtnahme darf nicht weiter gehen, als es sich um bereits fertige, in unserem Wirthschaftsleben gefestigte Gebilde handelt.

Die Forderung, daß der Gesetzgeber den Blick in die Zukunft lenken soll,[9] oder daß er sich mit einem Tropfen sozialpolitischen Oels salben soll,[10] stellen ihm Aufgaben, welche geradezu unerfüllbar sind. Ungeklärte sozialpolitische Anschauungen, in ihrer Flüssigkeit und Wandelbarkeit einem steten Wechsel unterworfen, würden eine sehr schwankende und unsichere Unterlage für den massiven Aufbau der privatrechtlichen Gesetzgebung bieten.

Am wenigsten berechtigt erscheint der Vorwurf eines zu großen Individualismus. Die Lehren unserer Vergangenheit sollten nicht so rasch vergessen werden. Die Unterdrückung des Individuums, die Hemmung und Bindung aller freien Entfaltung der wirthschaftlichen Kräfte im Interesse der Gesammtheit, im Interesse der Genossenschaft, barg den Todeskeim der gewerblichen Genossenschaften, der Zünfte in sich, welchem dieselben auch schließlich erlagen.

Eine Unterbindung der Rechte des Individuums würde geradezu sich in Widerspruch setzen mit der Gesammttendenz unserer modernen Gesetzgebung, welche, wie die Reform unseres Aktienrechts beispielsweise zeigt, gerade darauf gerichtet ist, den Kreis der Individualrechte zu erweitern.

Schließlich sei es gestattet, an dieser Stelle noch eines Vorwurfes in ablehnender Weise zu gedenken, welcher sich gegen die Stellungnahme des Anwaltstandes zur Kritik des Entwurfs und die denselben leitenden Motive richtete. Eine Bemerkung in der diese Gutachten einleitenden Besprechung,[11] daß wir Rechtsanwälte der Verlegenheiten gedenken müßten, welche uns die Zerrissenheit und Vielgestaltigkeit des bestehenden Zustandes in Ansehung des bürgerlichen Rechts bisher bereitet, gab zu der Unterstellung Anlaß, als ob die Genugthuung über die Vereinfachung unserer verantwortlichen Thätigkeit unser Auge trüben möchte.[12])

---

[9]) A. Menger, das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen, S. 1, 9.

[10]) Brunner, Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages, Bd. 3 S. 302.

[11]) Vergl. Mecke, das Verhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zu den Landesgesetzen, S. 17.

[12]) Ring im Archiv für bürgerliches Recht I. S. 192.

Allein der Inhalt der abgegebenen Gutachten berechtigt wohl nicht im Mindesten zu der Annahme, als ob die Verfasser sich von selbstsüchtigen Zweckmäßigkeitsrücksichten bei Abgabe derselben hätten leiten lassen. Auch die Vertreter des deutschen Anwaltsstandes waren sich ihrer Aufgabe wohl bewußt, bei der Beurtheilung des Entwurfs nicht den engbegrenzten Standpunkt berufsmäßiger Rücksichten einzunehmen, sondern sich auf jene höhere Warte zu stellen, welche den weiten umfassenden Blick auf das Interesse der Gesammtheit und Allgemeinheit gestattet und für die Beurtheilung nach diesem Maßstabe allein den ausschließenden Richtpunkt bietet.

Zeigen unsere Urtheile wohl in ihrer überwiegenden Mehrheit in seltener Uebereinstimmung eine entschieden optimistische Färbung, so entfließt dieselbe wohl der festgewurzelten Ueberzeugung, daß die Bedürfnisse der Praxis und die Forderungen so mancher Theoreme sich niemals decken werden und an dem idealen Versuche, beide harmonisch zu vereinigen, das Zustandekommen des Gesetzgebungswerkes auf Jahrzehnte, wenn nicht für immer, scheitern müßte.

Artikel 2.

Der Artikel 2 enthält die Begriffsbestimmung des Ausdrucks „Gesetz" im Sinne der Ausführungen der Motive zu § 1 und 2 des Entwurfs. Gesetz im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches und des Einführungsgesetzes ist jede Rechtsnorm. Gesetz ist also nicht nur die „staatliche Rechtssatzung" überhaupt, sondern „jede Rechtsnorm ohne Rücksicht auf deren Entstehungs- oder Erkenntnißquellen."

So kontrovers auch der Begriff des Gesetzes[13]) an und für sich ist, so scheint dennoch das Bedürfniß einer solchen Legaldefinition zweifelhaft, noch zweifelhafter aber deren Berechtigung und innere Begründung. Die letztere kann vor Allem nicht den Bestimmungen des Einführungsgesetzes zu den Prozeßgesetzen (§ 12 zur Civilprozeßordnung, § 2 zur Konkursordnung, § 7 zur Strafprozeßordnung) entnommen werden, da es sich dort um das sehr wohl übersehbare Gebiet prozessualer Rechtsnormen handelte. Vergleicht man indessen nur die Bestimmungen der §§ 91, 105, 107, 796 des Entwurfs, so müssen doch die durch das Interesse der Rechtseinheit begründeten Bedenken gegen jene allgemeine ausdehnende Auslegung des Begriffes

[13]) Vgl. Laband, Staatsrecht II. S. 70. 80, Meyer Georg in Grünhut's Zeitschrift für das Privatrecht und öffentliche Recht VIII. 1, hiegegen Zorn in Zeitschrift für ges. Staatswissenschaften XXXVI. S. 11.

entstehen, nach welcher unter Gesetz jede Rechtsnorm, also auch die ausländische, die in Privatrechtsverhältnisse eingreifende verwaltungsrechtliche Norm zu verstehen ist.

Wenn beispielsweise eine ortspolizeiliche Bestimmung das Beziehen von Neubauten ohne vorgängige polizeiliche Bewilligung verbietet, so erscheint es wohl sehr fraglich, ob nicht ein, ohne den Konsens der Polizeibehörde abgeschlossener Miethvertrag der Nichtigkeitsdrohung des § 105 des Entwurfes unterliegt, und zwar, da ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht dadurch giltig wird, daß die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen, in dauernder Schwebe der Nichtigkeit verbleibt.

Verbleibt es bei den Bestimmungen des Entwurfes, so dürfte wohl füglich die Auslegung des Begriffes der Wissenschaft unterlassen bleiben, umsomehr, als da, wo das geltende bundesstaatliche Recht in Geltung bleiben und der reichsrechtlichen Regelung nicht unterliegen soll, die Verweisung auf das „Landesrecht“ jeden Zweifel darüber zerstreuen würde, daß jede landesrechtliche Rechtsnorm, mag sie als gemeines Recht, oder in der Gestalt des Gesetzes oder der Verordnung oder selbst des Gewohnheitsrechtes erscheinen, aufrecht bleiben soll.

Bei diesem Anlasse ist auf einen bemerkenswerthen Gegensatz der Motive zu dem Entwurfe und jener des Einführungsgesetzes aufmerksam zu machen. Nach jenen ist unter Rechtsnorm, insoweit Reichsrecht in Frage steht, nur die Norm des geschriebenen Rechts zu verstehen, denn soweit Reichsrecht in Frage kommt, ergiebt sich aus der Beseitigung des Gewohnheitsrechts in § 2 von selbst eine Beschränkung.

Hiernach würde da, wo kein Reichsrecht in Frage steht, sondern das Landesrecht aufrecht bleiben soll, auch die sich auf Gewohnheitsrecht gründende landesrechtliche Norm fortdauernd in Geltung bleiben. Die Motive zu Artikel 2 des Einführungsgesetzes bemerken aber ganz allgemein: Wenn in § 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt ist, daß Gewohnheit die Kraft von Rechtssätzen nur insoweit erlangen können, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist, so giebt die Gegenüberstellung von Gesetz und Gewohnheitsrecht in jener Vorschrift von selbst an die Hand, daß unter Gesetz nur das geschriebene Gesetz gemeint sein kann. Dieser Satz konnte zu der Annahme verleiten, daß auch das landesrechtliche Gewohnheitsrecht ausgemerzt sein soll, während doch in den Motiven zu § 32 des Einführungsgesetzes (S. 148) ausdrücklich bemerkt ist, daß sich die grundsätzliche Beseitigung des Gewohnheitsrechts in § 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Reichsprivatrecht allein erstreckt und beschränkt.

Artikel 3.

Die Bestimmung, daß der Vorbehalt zu Gunsten des Landesrechts sich nicht nur auf die bestehenden, sondern sich auch auf etwaige neu zu erlassende landesgesetzliche Vorschriften erstreckt, ist wohl überflüssig. Derselbe wird insbesondere durch den durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung zurückgewiesenen Versuch, den Vorbehalt landesgesetzlicher Normen in den Prozeßgesetzen auf die zur Zeit der Einführung derselben bestehenden zu beschränken, nicht gerechtfertigt.

Der Ausdruck „unberührt bleiben" kann im Zusammenhalte mit den Motiven und dem Umstande, daß die betreffenden Rechtsstoffe in dem bürgerlichen Gesetzbuche gar nicht ihre Regelung gefunden, auch nicht dem mindesten Zweifel Raum lassen. Am überflüssigsten erscheint aber wohl die Vorschrift, daß ein neben dem bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft bleibendes Reichsgesetz nicht durch ein Landesgesetz beseitigt werden kann. Es erscheint wohl nicht unbedenklich, allgemeine reichsverfassungsrechtliche Grundsätze noch zum Gegenstande einer ausdrücklichen Normirung in einem Sondergesetze zu machen.

Artikel 6.

Es ist schwer abzusehen, aus welchem Grunde die Ausnahmsbestimmung zu § 39, daß die geschiedene Ehefrau den Wohnsitz des Ehemannes nicht theilt, nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch ihren Platz findet und zwar als Absatz 2 des § 39 in folgender Fassung: „Diese Vorschrift erstreckt sich nicht auf die geschiedene Ehefrau."

Artikel 7.

Die Sonderbestimmung des Artikel 7, durch welche dem gerichtlichen Veräußerungsverbot auch das von einer andern Behörde als dem Gerichte erlassenen Veräußerungsverbot, welches innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit erfolgt ist, gleichgestellt wird, erscheint überflüssig, sobald die Bestimmung des § 107 die entsprechende Fassung erhält:

> „Jede Uebertragung, Aufhebung, Belastung eines Rechtes oder einer Sache, welche gegen ein zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienendes gesetzliches oder von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit erlassenes Veräußerungsverbot verstößt, ist gegen-

über diesen Personen unwirksam, mag dieselbe durch Rechtsgeschäft, Urtheil oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes erfolgt sein."

Zweiter Abschnitt.

Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuches zu den Reichsgesetzen.

Artikel 9 und 10.

Der Artikel 9 bestimmt ausdrücklich, daß die reichsgesetzlichen Normen in Kraft bleiben und nur insoweit außer Kraft treten, als sich aus dem Gesetze oder dem Einführungsgesetz deren Aufhebung ergiebt.

Die Motive zu Artikel 10 bemerken ausdrücklich, daß es nicht angeht, die Tragweite der Begriffe „Verwandtschaft und Schwägerschaft" in allen Reichsgesetzen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch zu bestimmen. Den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches komme diese Bedeutung nur für jene Gesetze zu, aus welchen sich ergebe, daß Sinn und Bedeutung des Begriffes dem allgemeinen bürgerlichen Recht entnommen werden sollen.

Diesen Erwägungen entspringt die Bestimmung des Artikel 10, welche die Bestimmungen über Verwandtschaft und Schwägerschaft auf die Civil- und Strafprozeßordnung, das Gerichtsverfassungsgesetz, die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz als anwendbar erklärt. Es ist eine Streitfrage, ob unter die Bestimmung des § 24 Ziffer 2 der Reichskonkursordnung und § 3 Ziffer 2 des Gesetzes vom 21. Juli 1879, nach welcher „mit seinem oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinem oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern" Verträge mit den Verwandten (Geschwistern, Eltern, Kindern) eines verstorbenen oder geschiedenen Ehegatten fallen, oder ob für die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen respektive des Begriffs „Verwandte" noch der Fortbestand der Ehe zur Zeit des Vertragsabschlusses vorausgesetzt wird. Von einer Seite wird nach dem Vorgange des früheren Obertribunals der Fortbestand der Ehe verlangt[14]), von der anderen Seite wird unterschieden, ob die Ehe durch den Tod oder durch Scheidung aufgelöst[15]), und im ersten Fall die Anwendbarkeit der

[14]) Förster-Eccius IV. 6, von Wilmowski, Kommentar zur Konkursordnung S. 144, Otto, Anfechtung S. 198, Fitting, Konkursrecht § 105.

[15]) Jeckel II. Auflage S. 118.

obenerwähnten Bestimmungen bejaht, im letzteren Fall verneint. Da § 33 des Entwurfs aber bestimmt, daß die an das Schwägerschaftsverhältniß geknüpften Wirkungen auch nach Auflösung der Ehe noch fortbestehen sollen, durch welche das Verhältniß begründet ist, so ist die Streitfrage in dem Sinne gelöst, daß der Fortbestand der Ehe für die Frage der Anfechtbarkeit gleichgültig erscheint.

Artikel 11.

Der Artikel 11 enthält die Aenderungen und Ergänzungen der Reichscivilprozeßordnung, soweit dieselben durch den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches geboten erscheinen.

Gegen die Aenderungen der §§ 14—17, an deren Stelle der § 14 des Einführungsgesetzes tritt, welcher bezweckt die privatrechtlichen Bestimmungen über den Wohnsitz auf das Prozeßrecht zu übertragen, besteht keine Erinnerung. Der Einklang dieser Bestimmungen erscheint als eine Forderung der Folgerichtigkeit. Ebensowenig besteht gegen die Fassung des § 28 ein Bedenken, welcher klarstellen soll, daß für Pflichttheils- und Ausgleichungsansprüche trotz ihres obligatorischen Charakters, wie Klagen auf Feststellung des Erbrechtes der Gerichtsstand der Erbschaft offen steht.

Die Aenderungen der §§ 136, 274, 293, 491 erscheinen durch die Bestimmungen des Entwurfes über die Aufrechnung in § 283 des Entwurfs geboten, nach welchen die Aufrechnung als ein einseitiges Rechtsgeschäft erscheint, und mit der Rechtswirkung bekleidet ist, daß durch sie die mit der Klage geltend gemachte Forderung als erloschen gilt, und zwar mit dem Zeitpunkte, in welchem Forderung und Gegenforderung als zur Aufrechnung geeignet, sich gegenüber getreten sind. Entsprechend dem Wesen der Aufrechnungserklärung, welches nur darin besteht, daß die den Gegenstand der Klage bildende Forderung in Folge der Aufrechnung als erloschen zu gelten habe, und nicht darin, daß die Gegenforderung als bestehend geltend gemacht wird, war zunächst der § 274 der Prozeßordnung dahin zu ändern, daß die unter Vorbehalt über die Aufrechnung ergehende Entscheidung nicht mehr im Wege des Theilurtheils, sondern im Wege des allerdings dem Rechtsmittelzuge unterliegenden Zwischenurtheils getroffen werden kann. Außerdem war die Fassung der §§ 136, 293, 491 entsprechend zu berichtigen, insofern darin theils von Kompensation, theils von der Geltendmachung einer Gegenforderung und nicht von der Geltendmachung der Aufrechnung gesprochen wird.

Von diesen Aenderungen ist jene des § 293 als zu eng und zu unklar zu beanstanden.

Die Fassung dieses Paragraphen

„die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer zur Abrechnung gebrachten Gegenforderung"

giebt noch weit mehr als früher dem erheblichsten Zweifel darüber Raum, ob nur der Ausspruch über das Bestehen der Forderung und Gegenforderung, oder nicht auch, was zweifellos der Fall ist, die Gesammtentscheidung über die Aufrechnung[16]), ihre Zulässigkeit und rechtliche Möglichkeit (§§ 281, 286—289) oder den etwaigen Ausschluß derselben durch einen entgegenstehenden Vertrag oder sonstige Repliken Rechtskraft erlangen soll.

Die ganze Fassung erscheint aber auch nicht zutreffend und insbesondere nicht dem rechtlichen Charakter der Aufrechnung im Sinne des Entwurfs entsprechend.

Ist davon auszugehen, daß die Aufrechnung als eine reine Tilgungseinrede erscheint, durch welche geltend gemacht werden soll, daß die den Gegenstand der Klage bildende Forderung erloschen ist, dann kann die Entscheidung über die Aufrechnung sich doch konsequenterweise nicht darauf erstrecken, ob die Gegenforderung besteht oder nicht besteht, sondern darauf, ob trotz der Aufrechnung die Klagforderung besteht oder nicht besteht.

Ja, es dürfte sogar zweifelhaft sein, ob selbst die Rechtskraft einer solchen Feststellung, welcher im Grunde gar keine andere Bedeutung zukommt, als der Feststellung, daß die Klagsforderung nicht durch Zahlung oder in anderer Weise erloschen ist, zum Gegenstand einer gesetzlichen Normirung zu machen ist. Nachdem indessen die Einrede der Aufrechnung immerhin die Hülle eines Rechtsstoffes ist, welcher eine gesonderte Verfolgung (im Wege der Klage oder Widerklage) zuläßt, so mag ja die Feststellung der Rechtskraft nicht unzweckmäßig erscheinen. Allein da niemals auch die mittelbare Tragweite der Entscheidung über die Frage der Aufrechnung hinaus greift, so dürfte sich wohl lediglich die Fassung empfehlen:

„Die Entscheidung über eine geltend gemachte Aufrechnung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, für welchen dieselbe geltend gemacht ist."

---

[16]) Vgl. v. Wilmowski-Levy Kommentar zur Prozeßordnung V. Auflage Seite 455.

Schließlich ist zu betonen, daß, was mit Rücksicht auf die Lebhaftigkeit der Kontroverse wenigstens in den Motiven hätte betont werden sollen, nach der Gestaltung der Aufrechnung durch den Entwurf von einer Rechtshängigkeit derselben nicht die Sprache sein kann, da die rechtliche Natur derselben als eines bloßen Vertheidigungsmittels noch in weit schärferen Umrissen hervortritt als früher.[17])

§ 200.

Gegen die Bestimmung dieses Paragraphen, durch welche die Fristbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches auch für den Civilprozeß als maßgebend erklärt werden, besteht keine Erinnerung.

§ 238.

Auch dagegen ist nichts zu erinnern, daß die Bestimmungen über die Voraussetzungen der Rechtskraft gegenüber Rechtsnachfolgern, wie solche im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 192) getroffen sind, auch für die prozessuale Lage des Rechtsnachfolgers maßgebend sein sollen (§§ 236, 237 der Civilprozeßordnung). Aber der Ausnahmsfall, in welchem das Recht der Rechtsnachfolger unabhängig von dem Rechte des Rechtsvorgängers ist, und darum das gegen diesen ergehende Urtheil für den Rechtsnachfolger nicht bindend ist, ist nichts weniger als glücklich durch die Fassung des § 192 Absatz 2

> „Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung"

getroffen.

Bei dieser Fassung können die Fälle der §§ 304, 1257, 1336, 2074 kaum mit einbezogen werden, denn in allen diesen Fällen handelt es sich kaum um eine Ableitung von Rechten von Nichtberechtigten. Das Entscheidende der ins Auge gefaßten Vorschriften liegt doch wohl unzweifelhaft nicht in der Begünstigung des Rechtserwerbes von Nichtberechtigten, sondern in dem Rechtsschutze, welcher der gutgläubigen, von Fahrlässigkeit entfernten Rechtshandlung zu Theil wird.

Für die Bestimmung der §§ 135, 192 Absatz 2 des Entwurfs und § 238 (Aenderung des Einführungsgesetzes) dürfte sich vielleicht folgende Fassung empfehlen:

---

[17]) Vgl. Wilmowski-Levy Kommentar I S. 352 zu § 235 Entscheidungen des Reichsgerichts XVI 371, XVIII 408.

„Die Vorschriften, welche dem gutgläubigen Rechtserwerb von Dritten Nichtberechtigten Rechtsschutz gewähren, finden entsprechende Anwendung."

§ 435.

Das Institut der vorläufigen Vormundschaft bedingt die Nothwendigkeit einer besonderen Bestimmung über die Zuschiebung und Zurückschiebung von Eiden, welche in § 435 Absatz 3 getroffen ist.

Nachdem jedoch durch die §§ 67 und 68 des Entwurfs Minderjährigen, welche mit Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts entweder selbstständig ein Erwerbsgeschäft betreiben, oder in ein Arbeits- oder Dienstverhältniß treten, die volle Geschäftsfähigkeit eingeräumt ist, letzteren unbeschränkt, ersteren mit dem Abmaße, daß die Bestimmungen der §§ 1511, 1513, 1674, 1676 Platz greifen, so dürfte kein Grund gegeben sein, die Eidesfähigkeit derselben nur in beschränktem Maße anzuerkennen, und hierüber nach § 435 Absatz 2 das richterliche Ermessen entscheiden zu lassen. Vielmehr dürfte der Eingang zu § 435 Absatz 2 lauten:

„Minderjährige, welchen der gesetzliche Vertreter gestattet, in ein Dienst- und Arbeitsverhältniß zu treten oder welche mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts selbstständig ein Erwerbsgeschäft betreiben, stehen, soweit nicht die Ausnahmsfälle der §§ 1511, 1513, 1674, 1676 in Frage stehen, hinsichtlich der Zuschiebung oder Zurückschiebung von Eiden prozeßfähigen Volljährigen gleich. Außerdem kann Minderjährigen rc."

Nach § 1903 des Entwurfs erscheint der Testamentsvollstrecker als der gesetzliche Vertreter den Erben, der zur Erhebung eines Rechtsstreits über ein erbschaftliches Recht allein legitimirt ist. Folgerichtig ist derselbe wohl auch allein, und nicht der Erbe zur Eidesleistung in einem Rechtsstreite legitimirt, welchen derselbe nach dem Tode des Erblassers gemäß den Bestimmungen der §§ 217 und 219 der Civilprozeßordnung aufgenommen hat.

§§ 568—592.

Diese Bestimmungen treffen theils sprachliche Aenderungen, welche durch die Ersetzung der Ausdrücke „Trennung, Ungiltigkeit der Ehe" durch „Scheidung, Anfechtung einer Ehe" bedingt erscheinen, theils

enthalten sie sachliche Neuerungen, wie solche insbesondere in den Bestimmungen der §§ 577 und 589a enthalten sind.

Nach dieser doppelten Richtung ist ein Bedenken nicht zu erheben.

§§ 593—626.

Auch gegen die das Entmündigungsverfahren betreffenden Aenderungen von zumeist untergeordneter Bedeutung besteht keine Erinnerung.

§§ 627a—627e.

Diese Bestimmungen regeln das prozessuale Verfahren bei Klagen, welche die Feststellung der Frage der Ehelichkeit eines Kindes, oder des Bestehens oder Nichtbestehens familienrechtlicher Verhältnisse (Eltern- und Kindesverhältniß, elterliche Gewalt) bezwecken. Dieselben übertragen auf solche Klagen das Offizialprinzip, wie solches theils durch die Bestimmungen der Civilprozeßordnung, theils durch die bereits erwähnten Modifikationen des Einführungsgesetzes ausgestellt wurden.

Allein diese Bestimmungen erscheinen nicht ausreichend.

Nach § 1475 des Entwurfes erfolgt die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes von Seite des Ehemanns, solange dasselbe noch am Leben ist, durch die Erhebung der Anfechtungsklage gegen das Kind. Man sucht vergeblich nach einer Bestimmung, in welcher Weise die Klage erhoben, d. h. dem Kinde zugestellt werden soll.

Die Motive zu § 1475 erklären ausdrücklich, daß der Entwurf eine besondere Bestimmung, daß dem Kinde, wenn der Ehemann die Ehelichkeit desselben angefochten, von Amtswegen ein Kurator zu bestellen sei, als entbehrlich betrachtet habe. Die Motive bemerken, daß allerdings das Kind bis zur Erledigung des Rechtsstreits als eheliches Kind gelte, und unter der elterlichen Gewalt des Vaters stehe. „Aus den allgemeinen Bestimmungen der elterlichen Gewalt und des Vormundschaftsrechtes ergebe sich indessen die Nothwendigkeit, daß in diesem Falle dem Kinde behufs Prozeßführung ein Pfleger bestellt werden muß, und das Vormundschaftsgericht auch im Uebrigen aus dem Gesichtspunkte, daß das Interesse des Ehemanns zu dem Interesse des Kindes in erheblichstem Gegensatze steht, geeigneten Falls die Vertretung des Kindes dem Ehemanne entziehen und einem Pfleger übertragen kann (§ 1503 Absatz 1 verbunden mit § 1651 Nr. 1, 4 und § 1738).“

Allein abgesehen davon, daß nach der Bemerkung der Motive zu

§ 1651 (III S. 1688) die Willenserklärung des Vormundes, hier des Vaters selbst, keineswegs als nichtig zu betrachten wäre, vielmehr hierauf die Bestimmungen der §§ 123—126 Anwendung finden, sodaß die Zustellung der Anfechtungsklage Seitens des Vaters an sich als gesetzlichen Vertreter des Kindes keineswegs als wirkungslos betrachtet werden kann, so setzt doch das Eingreifen der Vormundschaftsbehörde immer voraus, daß dieselbe von dem Bestehen des Statusstreits Kenntniß hat. Wer soll denn das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts anregen und veranlassen? Ist die Erhebung der Klage allein genügend, um gemäß den Bestimmungen des § 1471 die Vermuthung der Ehelichkeit des Kindes zu erschüttern, so kann möglicherweise schon der Umstand, daß eine solche Klage, für welche die Frist des § 1473 gewahrt ist, lange Jahre ruht, eine mögliche Schädigung der Interessen des Kindes zur Folge haben, und dies umsomehr, als nach der Bestimmung des § 1471 nach dem Tode des Ehemanns, der die Anfechtungsfrist gewahrt hat, die Ehelichkeit des Kindes von jedem dritten Betheiligten angefochten werden kann.

Es erscheint deshalb eine Bestimmung geboten, welche schon bei Erhebung der Klage dem prozessualen Interesse des Kindes Rechnung trägt, welches wohl in wirksamster Weise dadurch gewahrt wird, daß die Zustellung der Klage an das Vormundschaftsgericht angeordnet wird. Dies dürfte sich umsomehr empfehlen, als für das Eingreifen des Vorsitzenden des Gerichts zum Zwecke der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters nach § 55 der Reichscivilprozeßordnung das Bestehen von Gefahr auf Verzug vorausgesetzt wird.

Ein weiteres Bedenken ergab der Mangel jeglicher Bestimmung darüber, durch welche die Anwendbarkeit des Art. 228 für Statusstreite ausgeschlossen bleibt. Entzieht man den materiellen Theil des Statusstreits der Verfügungsgewalt der Parteien durch Anwendung des Offizialprinzips, so sollte man bezüglich des formalen Theiles wenigstens insoweit die gleiche Beschränkung eintreten lassen, als man ihnen die Möglichkeit entzieht, Statusstreite auf lange Jahre zu verschleppen. Das öffentliche Interesse gebietet eine schleunige Erledigung des Rechtsstreits. Es dürfte sich darum eine Bestimmung empfehlen, welche verfügt:

„Eine Anfechtungsklage, in welcher das Verfahren länger als ein Jahr geruht hat, ohne daß einer der gesetzlichen Unterbrechungsgründe vorliegt, gilt als zurückgenommen.“

Am bedenklichsten erscheint der Satz 2 des Absatzes des § 627a:
„Stirbt eine der Parteien vor der Rechtskraft des Urtheils, so ist der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen."

Die Motive bemerken, daß sich die Vorschrift dem neuen § 584a der Civilprozeßordnung anschließt, da das Verhältniß in dem hier in Rede stehenden Falle, dasselbe sei, wie in dem Falle, wenn im Laufe des Rechtsstreits, welcher die Anfechtung der Ehe zum Gegenstande hat, einer der Ehegatten stirbt. Daß diese Analogie aber zutreffend ist, muß ganz entschieden bestritten werden.

Vor allem kann nicht geläugnet werden, daß insofern zwischen der Frage der Giltigkeit der Ehe und zwar der Ehelichkeit des Kindes ein erheblicher Unterschied besteht, als nach Auflösung der Ehe das Hauptinteresse an der Anfechtung derselben als eines rein persönlichen Interesses beseitigt ist.[18]) Das Rechtsverhältniß der Ehe als solches erzeugt nur personenrechtliche Wirkungen zwischen den Eheleuten, und kann nur in vermögensrechtlicher Beziehung auf das Rechtsverhältniß zu Dritten wirken. Mit Rücksicht hierauf ist auch jede Vererblichkeit des Anfechtungsrechtes im Falle des Todes des anfechtungsberechtigten Ehegatten ausgeschlossen, und die Anfechtung nur zugelassen, wenn entweder der anfechtungsberechtigte Ehegatte vor seinem Tode die Anfechtungsklage erhoben hatte, oder (§ 1262) die Ehe durch den Tod des nicht zur Anfechtung berechtigten Ehegatten aufgelöst wurde.

Anders liegt die Sache bei der Statusfrage. Die Frage der Ehelichkeit oder Unehelichkeit eines Kindes berührt aufs lebhafteste zunächst das höchst ideale Interesse der Mutter, welches auch nach dem Tode des Anfechtungsberechtigten die richterliche Feststellung der Ehelichkeit dringend erheischen kann. Noch in anderer Hinsicht bestehen erhebliche Verschiedenheiten. Der § 584a des Einführungsgesetzes, welcher bestimmt, daß mit dem Tode des einen Ehegatten der Rechtsstreit als in der Hauptsache erledigt zu betrachten ist, hängt doch aufs Innigste mit der Bestimmung des Entwurfs in § 1260 Absatz 2 zusammen.

Ist die Ehe in Folge der Auflösung für ungiltig erklärt, oder nach erfolgter Anfechtung vor Erledigung des Rechts-

[18]) Vgl. Motive IV S. 63, 89.

streits aufgelöst oder erst nach Auflösung der Ehe angefochten, so ist es so anzusehen, als ob die Ehe nicht geschlossen worden wäre.

In diesem Falle, d. h. im Falle der Auflösung der angefochtenen Ehe vor Erledigung des Rechtsstreits erlangt die Auflosung derselben durch den Tod die Bedeutung einer Feststellung der Anfechtbarkeit resp. Ungiltigkeit der Ehe.

An einer ähnlichen Bestimmung, welche mit der Anfechtung der Ehelichkeit eine bestimmte positive Wirkung verknüpft, gebricht es.

Nach der Bestimmung des § 1471 Absatz 2 [19]) soll das Kind trotz der Erhebung der Anfechtungsklage sowohl gegenüber dem Ehemann, wie gegenüber Dritten, solange als ein eheliches Kind gelten, bis der Rechtsstreit über die Anfechtungsklage, sei es durch den Tod des Ehemanns oder des Kindes oder durch die rechtskräftige Feststellung der Unehelichkeit des Kindes erledigt ist. Die Motive bemerken nun zu § 1471:

> „Ist der Rechtsstreit über die Anfechtungsklage in ihrer Eigenschaft als Feststellungsklage durch den Tod des Ehemannes oder des Kindes erledigt, so tritt nunmehr die bis dahin suspendirt gewesene Wirkung der in der Anfechtungsklage liegenden Wirkung hervor."

Es kann also jetzt auf Grund der erfolgten Anfechtung nach Maßgabe des § 1471 Absatz 1 die Unehelichkeit des Kindes von einem Jeden geltend gemacht werden, d. h. entweder im Wege einer Feststellungsklage nach Maßgabe des § 231 der Civilprozeßordnung oder incidenter als Präjudizialpunkt bei Gelegenheit der Geltendmachung eines von der Unehelichkeit des Kindes abhängigen Anspruchs oder der Bestreitung einer durch die Ehelichkeit des Kindes bedingten Verpflichtung.

Hiernach ist die Bedeutung der Bestimmung: „der Rechtsstreit gilt in Ansehung der Hauptsache als erledigt", gar keine andere, als daß die außerdem für die Ehelichkeit des Kindes sprechende Rechtsvermuthung zessirt, der Status des Kindes in Schwebe bleibt und dem gerichtlichen Angriff eines jeden Dritten zugänglich ist.

Dies ist gewiß kein wünschenswerthes Ergebniß, welches mit den Forderungen des öffentlichen Interesses nicht im Einklang stehen dürfte.

---

[19]) Motive IV S. 662.

Man vergegenwärtige sich die praktischen Konsequenzen: man erwäge, daß ein Kind in zwei Instanzen gegen seinen Vater, welcher seine Ehelichkeit bestritten, ein obsiegliches Urtheil erwirkt.

Nun stirbt der Vater vor Rechtskraft des Urtheils: der Rechtsstreit ist in der Hauptsache erledigt und nun sieht sich das Kind für die ganze Dauer seines Lebens jedwedem möglichen Angriffe auf seine Ehelichkeit ausgesetzt, gegenüber welchem ihm ohne sein Verschulden die Beweismittel fehlen, deren Benützung ihm den früheren Obsieg gesichert. Man denke nur daran, daß die Mutter, deren glaubwürdiges Zeugniß gegenüber dem unsicheren und ungünstigen persönlichen Eindruck des Anfechtenden von entscheidender Bedeutung war, inzwischen verstorben ist. Ja noch mehr. Da, wie die Motive ausdrücklich bemerken, die Anfechtung der Ehelichkeit jederzeit als Präjudizialpunkt geltend gemacht werden kann, so kann noch seinen Kindern und Enkeln gegenüber die eheliche Abstammung den Gegenstand eines Rechtsstreits bilden, in welchem wegen Länge der Zeit kaum eine sichere Beweisführung mehr ermöglicht ist.

Die Bestimmung des Artikel 627a erschwert auch die Rechtslage des Anfechtenden, dessen Interesse die richterliche Feststellung der Unehelichkeit gebieten kann und welcher dieselbe, falls das Kind vor Rechtskraft des Urtheils stirbt und sich die Erben der Erbschaft entschlagen, im Prozeßwege gar nicht erreichen kann.

Man sucht endlich vergeblich noch eine Lösung der Verwickelungen, welche Angesichts des § 59 der Civilprozeßordnung entstehen, falls die Mutter in dem Rechtsstreite dem Kinde als Nebenintervenientin beigetreten ist und somit als Streitgenossin erscheint. Gilt auch ihr gegenüber der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt?

Hiernach ertödtet der formalistische Geist, das Bestreben nach dem Verfahren in Ehesachen zu schablonisiren, das materielle Recht, und dies auf einem Rechtsgebiete, welches die richterliche Erkenntnißquelle gerade mit den verschiedensten Schutzwehren zur Schöpfung materieller Wahrheit umgeben hat.

Die folgenden Bestimmungen geben zu keiner Erinnerung Anlaß. Wohl aber dürften manche ergänzende Bestimmungen noch Platz greifen und zwar zunächst bezüglich des

§ 73.

Die Fassung dieser Bestimmung dürfte der Unterscheidung des Entwurfes zwischen Besitz und Innehabung anzupassen sein. Diese

Aenderung dürfte insbesondere mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 813 und 944 des Entwurfs geboten sein.

Die Aenderung der auf die nominatio autoris bezüglichen Bestimmungen dürfte lauten:

„Wer als Besitzer oder Inhaber einer Sache verklagt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen oder inne zu haben behauptet ꝛc.“

§ 83.

Zunächst besteht ein Widerstreit zwischen §§ 83 und 121 Absatz 3 des Entwurfs.

Nach der letzteren Bestimmung ist die Kündigung der Vollmacht auch in dem Falle, daß die Vollmachtsurkunde nicht zurückgegeben ist, dem Dritten gegenüber wirksam, sofern derselbe das Erlöschen kannte oder kennen mußte. Der § 83 bedingt jedoch für die Wirksamkeit der Vollmachtskündigung im Anwaltsprozeß gegenüber dem Dritten noch ein weiteres Erforderniß, die Bestellung eines anderweiten Anwalts.

Es ist höchst zweifelhaft, ob für diesen Widerstreit zwischen materiellem und prozessualem Recht ein besonderes Bedürfniß besteht.

§ 217.

Nach dieser prozessualen Bestimmung sind, falls die Wideraufnahme des Rechtsstreits verzögert wird, die Rechtsnachfolger zur Aufnahme ꝛc. zu laden.

Nach § 1903 ist jedoch zur Erhebung des Rechtsstreits über ein zum Nachlasse gehörendes Recht, solange das Verfügungsrecht des Erben über das Recht nach dem § 1901 ausgeschlossen ist, der Testamentsvollstrecker als gesetzlicher Vertreter des Erben berechtigt.

Zweifellos kann der Testamentsvollstrecker nicht als Rechtsnachfolger des Erblassers betrachtet werden, andererseits ist der Erbe, welchem die Prozeßfähigkeit in concreto mangelt, und welcher deshalb durch den ausschließlich zur Prozeßführung berechtigten Testamentsvollstrecker vertreten wird, gar nicht zur Aufnahme des Rechtsstreits legitimirt. Es dürfte deshalb die Bestimmung des § 217 zu ergänzen sein.

„Rechtsnachfolger, und sofern der Rechtsstreit ein zum Nachlasse gehöriges Recht betrifft, und ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, dieser ꝛc.“

§§ 274, 503, 563, 655.

Auf Grund dieser Bestimmungen ist der Kläger, soweit ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil aufgehoben oder abgeändert wird, auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen.

Diese Bestimmungen sind unzureichend. Hiernach besteht für denjenigen, der auf Grund eines ex post aufgehobenen Schuldtitels Zahlung geleistet, nicht einmal die Möglichkeit, seinen Zinsanspruch im Prozesse geltend zu machen. Nach § 697 Absatz 2 sind ihm lediglich die Kosten der Vollstreckung zurückzuerstatten. Die Bestimmungen der §§ 745 und 746 des Entwurfes normiren keineswegs unbedingt die Zinsverbindlichkeit, sondern machen durch die Verweisung auf die §§ 739 und 740 die Schadensersatzpflicht vom weiteren Vorbehalten abhängig.[20])

Es dürften deshalb die obigen Bestimmungen durch den Zusatz zu ergänzen sein:

> „sammt den landesüblichen Zinsen vom Tage der Leistung vorbehaltlich weiterer Schadensersatzansprüche."

§§ 801, 807, 808.

Die Verpflichtungen des Arrestklägers für den Fall der Aufhebung des Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung sind in der Prozeßordnung nicht geregelt worden.

Selbst die Verbindlichkeit zum Ersatz der Kosten des Arrestvollzugs hat nicht ihre ausdrückliche gesetzliche Normirung gefunden, und wurde lediglich aus den Bestimmungen zu § 697 abgeleitet.[21])

Dagegen ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange für den Arrestkläger eine Verpflichtung besteht, den durch einen ungerechtfertigten und wieder aufgehobenen Arrest dem Arrestbeklagten erwachsenen Schaden zu erstatten, stets als eine dem materiellen Recht angehörende Frage betrachtet worden.[22])

Die Anwendung der in § 745 aufgestellten Grundsätze auf die Entscheidung dieser Frage würde so ziemlich zur Verneinung

---

[20]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts VIII 21, XI 416.

[21]) Entscheidungen des Reichsgerichts VII 376, XXII 170.

[22]) Entscheidungen des Reichsgerichts VII S. 377, VIII 17, XX 415, 422, XXI 371. Beitrag für deutsches Recht XXXII 161.

jeder Entschädigungsverbindlichkeit führen. Denn bei analoger Anwendung der Grundsätze des § 741 würde nur dann eine Schadensersatzpflicht für den Arrestkläger begründet sein, falls ihm die Kenntniß nachgewiesen werden könnte, daß die Verpflichtung, zu deren Sicherung der Arrest angelegt wurde, nicht bestand. Die Frivolität der Streitsführung wird jedoch in der Minderzahl nachgewiesen werden können. Das subjektive Moment wird auch kaum als ausschlaggebend zu erachten sein und noch weniger dürfte es dem Rechtsbewußtsein entsprechen, die Entschädigungspflicht auf die Fälle einer dolosen Arrestanlegung zu beschränken.

Der Vollzug eines Arrestes zur Sicherung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit charakterisirt sich als ein ungerechtfertigter Eingriff in die Rechtssphäre eines Dritten, welcher an und für sich nicht nur zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern zur Abwendung aller rechtsverletzenden Nebenfolgen verpflichtet, welche durch die Rechtsverletzung bedingt waren. Entlastend für den Arrestkläger dürfte lediglich der Beweis sein, daß er im guten Glauben sich befunden und zwar sowohl bezüglich der Geltendmachung seines Anspruchs wie bezüglich der Verfolgung desselben im Arrestwege, und nach dieser doppelten Richtung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters vorgegangen sei. Diese Auffassung des Rechtsverhältnisses dürfte wohl um so mehr der Billigkeit entsprechen, als schon nach der jetzigen Rechtsprechung[23]) eine nur fahrlässiger Weise bewirkte Vermögensbeschädigung — in concreto eine fahrlässigerweise bei der Staatsanwaltschaft erstattete Anzeige, welche die Beschlagnahme des Waarenlagers zur Folge hatte, und den Beschädigten nur zeitweilig an dessen Verwerthung verhinderte — die Schadensersatzverbindlichkeit begründe.

Noch schwieriger gestaltet sich die Frage, ob und in welchem Umfange nach Aufhebung einer einstweiligen Verfügung eine Rückleistungspflicht bestehe, und ob insbesondere der Partei, zu deren Gunsten die Verfügung erlassen wurde, eine Entschädigungspflicht zu überbürden ist[24]).

In keinem Falle dürften die in § 745 aufgestellten Rechtsgrundsätze auf die in § 819 normirten einstweiligen Verfügungen, welche zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in

[23]) Entscheidungen des Reichsgerichts XXII. S. 209.

[24]) Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts XXI. S. 380.

Bezug auf ein strittiges Verhältniß erlassen werden, anwendbar erscheinen. Anders dürfte sich beispielsweise die Frage der Rückerstattung gezahlter Alimente gestalten, falls festgestellt werden würde, daß ein Grund zur Unterhaltungspflicht überhaupt nicht bestand. Vielmehr dürfte vor Allem der Grund der Aufhebung der einstweiligen Verfügung in Betracht zu kommen haben. Eine selbstständige Regelung der angeregten Frage dürfte hiernach kaum entbehrt werden können

§ 12.

Die Aufrechthaltung der landesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung betreffen, hängt mit der Bestimmung des § 42 zusammen, und ist dort weiter zu besprechen.

Artikel 13.

Unter diesem Artikel werden die Abänderungen der Konkursordnung zusammengefaßt. Von diesen erscheint ledig jener des § 178 nicht unbedenklich. Bisher unterlag es keinem Zweifel, daß derjenige, welcher für eine fremde Schuld aus seinem Vermögen ein Pfandrecht bestellt, eine beschränkte Haftung für diese Schuld übernimmt[25]), — ob unpersönlich oder nur beschränkt persönlich[26]), ist für unsere Frage völlig unwesentlich — und als Mitschuldner zu betrachten ist. Es besteht auch keine Bestimmung des Entwurfs, welche dieser Auffassung widerspricht.

Ist aber der Pfandschuldner bis zur Höhe des Pfandes haftender Mitschuldner des Konkursschuldners, so kann er sich nach der bisher ganz klaren Fassung des § 178 doch wohl zweifellos auf den Zwangsvergleich nicht berufen.

Aus welchem Grunde nun es noch der speziellen Bestimmung bedarf:

„Auch kann der Zwangsvergleich gegen den Anspruch aus einem Pfandrecht von einem Dritten nicht geltend gemacht werden"

ist in der That nicht abzusehen.

Unläugbar bietet diese Bestimmung allen möglichen Mißverständnissen Raum. Vor allem ermöglicht der Gesetzestext die Auffassung, welcher allerdings die Motive entgegentreten, als ob gegen diejenigen,

[25]) Entscheidungen des Reichsgerichts XXII. S. 331. Ehrenberg beschränkte Haftung S. 462.

[26]) Ehrenberg a. a. O. § 11, ferner S. 139, 283, 343; ferner Exner, Oesterreichisches Hypothekenrecht S. 236.

welchen der Konkursschuldner aus seinem Vermögen ein Pfand bestellt, der Zwangsvergleich geltend gemacht werden könne.

Auch die Fassung „von einem Dritten" ermöglicht die unrichtige Deutung, als ob etwa der Konkursschuldner selbst, welcher etwa als Nebenintervenient in den Streit zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner eintritt, mit Erfolg den Zwangsvergleich geltend machen könne. Die Bemerkung der Motive: der Frage: „inwiefern die Theilnahme des Pfandgläubigers an der Schließung des Zwangsvergleichs als Verzicht auf das Pfandrecht anzusehen sei, wird durch die Bestimmung nicht vorgegriffen", dient wohl nur zur Stütze dieser falschen Deutung und trägt wohl kaum zum besseren Verständniß bei. Sie verdunkelt vielmehr nur die Rechtsstellung des Pfandschuldners als Mitschuldners. Denn an und für sich kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß die Geltendmachung der Rechte gegen den einen Mitschuldner, wie solche durch die Betheiligung am Konkurs- und Zwangsvergleichsverfahren bewirkt wird, noch keinen Verzicht auf die rechtliche Verfolgung des anderen Mitschuldners in sich schließt. Aus diesen Gründen dürfte sich die Streichung dieser Bestimmung empfehlen.

Artikel 14—23.

Die Aenderungen des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung, des Strafgesetzes, der Strafprozeßordnung, der Gewerbeordnung, des Gesetzes über die Erwerbung, Eheschließung und Beurkundung des Personenstandes im Ausland vom 4. Mai 1870 und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 sind von wenig eingreifender Bedeutung und berühren im Grunde genommen nicht das privatrechtliche Gebiet.

Ob es beispielsweise geboten war, die Uebertretung des Eheverbots unter Ehebrechern, sowie jenes der Nichteinhaltung der zehnmonatlichen Ehekarenz seitens der Wittwe unter Strafe zu stellen, ist eine Frage, welche jedenfalls mehr strafpolitischen als privatrechtlichen Charakters ist.

Beide Eheverbote haben bisher bestanden, ohne daß sich in der Praxis die Nothwendigkeit fühlbar gemacht hatte, ihre Einhaltung durch Strafbestimmungen zu erzwingen.

Artikel 24.

Der § 9 Absatz 1 des Haftpflichtgesetzes enthält einen Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetze. Derselbe soll nach den Motiven

(S. 137) hinwegfallen. Dieser gesetzgeberischen Absicht entspricht die Fassung des Gesetzes:

„die gesetzlichen Vorschriften ꝛc. bleiben unberührt"

sicherlich nicht, da dieselbe sowohl die Vorschriften der Reichsgesetze wie jene der Landesgesetze in sich schließt. Angesichts der Streitfrage, welche hinsichtlich der interpretativen Bedeutung der Motive besteht, empfiehlt sich wohl die klare Fassung:

„die Vorschriften der Reichsgesetze".

Nach einigen bedeutungslosen Abänderungen des Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten (Artikel 25), des Reichsmilitärgesetzes (Artikel 26 und 27) gelangt das Einführungsgesetz zu einer theilweisen Aenderung resp. Ersetzung und Ergänzung des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 in

Artikel 28.

Eine Bemerkung der Motive hiezu bedarf einer eingehenden Erörterung. Die Motive bemerken: Die Aufnahme einer ausdrücklichen Vorschrift über das Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu dem bayerischen Vorbehalte, „das Verehelichungswesen betreffend", ist nicht für erforderlich erachtet. Jener Vorbehalt bleibt nach Maßgabe des Bündnißvertrages vom 23. November 1870 unter III § 1 Absatz 1 des Schlußprotokolls vom selben Tage unter I selbstverständlich unberührt, da, soweit jener Vorbehalt reicht, Bayern überhaupt außerhalb der Reichsgesetzgebung steht. —

„Aber auch nur: „Soweit jener Vorbehalt reicht. Dieser Vorbehalt ergreift nämlich, wie unbestritten feststeht, nur die öffentlich rechtliche, nicht die privatrechtliche Seite der Eheschließung.

Wie von Möller[27]) in seiner Bearbeitung von Riedels Kommentar zum bayerischen Gesetze über Heimath, Verehelichung und Aufenthalt bemerkt wird, berührt die Ziffer 1 des Artikel 4 „nur öffentlich rechtliche Verhältnisse, es umfaßt mithin das bayerische Reservatrecht nur die öffentlich rechtliche Seite der Ehegesetzgebung, die administrativ polizeilichen Gegenstände des Verehelichungswesens.

Eine Folge dieser Auffassung war die Nichteinführung des Gesetzes des Norddeutschen Bundes über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung vom 4. Mai 1868. „Die

---

[27]) S. 54, S. 58.

civilrechtliche Seite der Ehegesetzgebung ist ein Bestandtheil des bürgerlichen Rechts, welches zwar bei Schließung der deutschen Bündnißverträge noch nicht der Reichslegislative angehört, derselben aber durch die mit Reichsgesetz vom 30. Dezember 1873 vollzogenen Verfassungsänderung überwiesen wurde."

Nachdem nun dieses Reichsgesetz einen Vorbehalt zu Gunsten Bayerns bezüglich des **Eherechts** nicht enthält, so ist es wohl klar, daß Bayern, insoweit das bürgerliche Recht des Reichs die formalen und materiellen Bedingungen der Eheschließung regelt, der Reichslegislative nicht entrückt ist, und daß auch die privatrechtliche Gültigkeit der Ehe, sowie die Rechtsfolgen derselben, beispielsweise bezüglich der Ehelichkeit der Kinder lediglich nach den Bestimmungen des Reichsrechts, und nicht nach denen des Landesrechts zu beurtheilen sind. Damit dürfte denn auch feststehen, daß Artikel 33 Absatz II des bayerischen Heimathsgesetzes, welcher der Bestimmung in Absatz I:

> „die Verehelichung darf nur erfolgen auf Grund eines von der zuständigen Behörde ausgestellten Zeugnisses, daß gegen die beabsichtigte Eheschließung kein im gegenwärtigen Gesetze begründetes Hinderniß bestehe,"

die weitere Bestimmung folgen läßt:

> „Eine im Widerspruch mit dieser Bestimmung eingegangene Ehe ist so lange, als die Ausstellung jenes Zeugnisses nicht nachträglich erwirkt wurde, bürgerlich ungültig, es sei denn, daß die Ehe von einem Manne, welcher außerhalb Europas seinen Wohnsitz hat, am Orte dieses Wohnsitzes oder sonst außerhalb Bayerns abgeschlossen wurde und nach den Gesetzen des betreffenden Staates als gültig zu erachten ist,"

neben dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht mehr zu Recht bestehen kann, vielmehr außer Kraft zu treten hat. Es mag dahin gestellt bleiben, ob nicht bereits das Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes diese Bestimmung derogirte. Nachdem aber das Bürgerliche Gesetzbuch die privatrechtlichen Voraussetzungen für die rechtliche Existenz einer Ehe normirte, ist damit jede weitere landesgesetzliche Norm hinsichtlich der **privatrechtlichen** Gültigkeit der Ehe hinfällig geworden.

Zu welchen Folgen würde es auch führen, wenn Kinder, entstammt aus einer im Widerspruch mit § 33 Absatz II des bayerischen Heimathgesetzes geschlossenen Ehe in Alldeutschland als ehelich, nur in Bayern als unehelich betrachtet würden?

Die Artikel 29 und 30 enthalten eine unerhebliche Aenderung des Reichsgesetzes vom 20. April 1881, betreffend die Fürsorge für die Wittwen und Waisen von Angehörigen des Reichsheeres 2c. Die Bestimmung des Artikels 31 ist im Zusammenhang mit Artikel 42, den Bestimmungen über Zwangsenteignung, zu besprechen.

Dritter Abschnitt.

Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Das Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuches zu den Landesgesetzen bildete bereits den Gegenstand einer selbstständigen Besprechung, mit welcher diese Sammlung eingeleitet wurde.[28]) Das gegenwärtige Gutachten beschränkt sich darum insoweit auf eine Erörterung dieses Abschnittes, als dieselbe theilweise durch den innern Zusammenhang der Einzelbestimmungen des Einführungsgesetzes, dessen Entwurf zur Zeit der Verabfassung jenes Gutachtens noch nicht veröffentlicht war, theilweise durch die Rücksichtnahme auf die bisherige Kritik geboten erscheint.

§ 42.

Von verschiedenen Seiten wurden Bedenken dagegen erhoben, daß das Enteignungsrecht der reichsrechtlichen Regelung entzogen und der Landesgesetzgebung vorbehalten bleibt.[29])

Je enger das wirthschaftliche Band ist, welches die einzelnen Bundesstaaten verknüpft, je weniger die Grenzpfähle derselben eine Schranke für jene großen den Interessen des Verkehrs dienende Unternehmungen bilden, desto gebieterischer ist die Forderung nach einer einheitlichen Ausgestaltung der Gesetzgebung über das Enteignungsrecht. Daß beispielsweise auf das Unternehmen einer das Gebiet mehrerer Staaten berührende Bahnanlage die verschiedenen Zwangsenteignungsgesetze Anwendung finden sollen oder selbst das Reich für seine Unternehmungen dem Partikularrecht des Landes unterworfen ist, erscheint als eine Anomalie, welche Angesichts der geringen Schwierigkeiten, welche einer rechtseinheitlichen Regelung des Enteignungsrechts entgegenstehen, kaum zu verstehen ist.

[28]) Mecke, Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 3.

[29]) Vgl. Mecke, Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 3, Gierke, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 99, Fuld in Beiträgen für deutsches Recht Bd. 33 S. 634.

Es bestehen nämlich zwischen den neueren Gesetzgebungen der Einzelstaaten gerade hinsichtlich der Voraussetzungen für die Enteignung, hinsichtlich der Subjekte derselben bezüglich der Entschädigungspflicht und ihres Umfanges im Grunde so wenig grundsätzliche Verschiedenheiten, daß kaum auf irgend einem anderen Rechtsgebiete die Rechtseinheit mit solcher Leichtigkeit zu erzielen wäre. Mindestens hätten im Bürgerlichen Gesetzbuch der Anregung der Vorkommission entsprechend die Grundzüge für das Enteignungsrecht, und auch das Enteignungsverfahren nach dem Vorbilde des § 21 der Gewerbeordnung festgestellt werden sollen. Das Gutachten der Vorkommission vom 15. April 1874 erwähnt in Ziffer 2e des Enteignungsrechts unter jenen Rechtsinstituten, bezüglich welcher sorgfältig zu erwägen sein wird, ob nicht die privatrechtlichen Grundprinzipien derselben sich zur gemeinschaftlichen Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch eignen.

Als welch dringendes Bedürfniß ein einheitliches Enteignungsrecht erscheint, ergibt der Artikel 31 des Einführungsgesetzes, welcher sich einer wenigstens nur fragmentarischen Regelung desselben nicht entziehen konnte.

Die Bedeutung und Tragweite des partikulargesetzlichen Vorbehalts ist nichts weniger als klar. Nach der Annahme der Motive (S. 163) ergiebt sich zwar die genügende Begrenzung aus dem Begriff der Zwangsenteignung, welcher in der Wissenschaft und in der Rechtsanwendung hinreichend feststeht. Dies ist keineswegs zutreffend. So hat beispielsweise das Reichsgericht die durch § 7 des preußischen Schlachthausgesetzes vom 18. März 1868 Behinderung der Besitzer der Privatschlächtereien, dieselben zum Zwecke ihres Gewerbebetriebs zu bringen und zu verwerthen, als eine gesetzliche Einschränkung des Eigenthums und Nutzungsrechts, als eine partielle gesetzliche Enteignung jenes Rechtes charakterisirt.[30])

Andererseits bezeichnet die wissenschaftliche Begriffsbestimmung das Enteignungsrecht als das Recht, die Abtretung des Eigenthums oder eines dinglichen Rechts an fremder Sache im öffentlichen Interesse für einen nothwendigen oder gemeinnützigen Zweck zu beanspruchen.[31])

Mit dieser Begriffsbestimmung steht die reichsgerichtliche Charakteristik der Beschränkungen, welche den Besitzern von Privatschläch-

[30]) Entscheidungen des Reichsgerichts XIII. S. 287.

[31]) Grünhut Enteignungsrecht S. 178, G. Meyer Expropriation S. 192, Laband Archiv für Civilpraxis III. S. 160.

tereien durch die verschiedenen Partikulargesetze[32]) bezüglich des Schlachthauszwangs auferlegt sind, als einer partiellen Enteignung nicht im Einklang.

Auch ist es kaum zweifelhaft, daß dieselben nicht unter § 66 des Einführungsgesetzes fallen, da es sich nicht um zeitweilige Beschränkungen des Eigenthümers in der thatsächlichen Verfügung über sein Eigenthum, sondern um eine dauernde Belastung, um eine jeden Besitzer bindende Beschränkung des Nutzungsrechts, sonach um eine Servitut im öffentlichen Interesse handelt.

Ebenso erscheint es nach der Fassung des § 42 des Einführungsgesetzes zweifelhaft, ob der hierin normirte Vorbehalt auch § 82 der Einleitung und Theil I Titel VIII §§ 29—32 des preußischen Landrechts umfaßt. Auch diese gesetzlichen Bestimmungen ergreift der Vorbehalt des § 42 nur in dem Falle, daß man den Begriff Enteignung nicht in den engen wissenschaftlichen Rahmen einspannt, sondern denselben auf jede Aufopferung privatrechtlicher Befugnisse im Interesse eines die Enteignung rechtfertigenden öffentlichen Unternehmens anwendet.

Eine ausdrückliche Erklärung der Motive in diesem Sinne dürfte für den Fall der Aufrechthaltung des Vorbehalts zu Gunsten des landesgesetzlichen Enteignungsrechts absolut geboten sein.

Artikel 46.

Der Artikel 46 behält das Gesinderecht dem Landesrecht bevor[33]), da nach der Annahme der Motive eine reichsgesetzliche Regelung des Gesinderechts unausführbar ist. Scheidet man strenge Gesinderecht und Gesindepolizei, so wird man sich niemals zur Begründung dieses Satzes auf die Verschiedenheit der wirthschaftlichen und sozialen Verhältnisse in den verschiedenen Gegenden des Reichs berufen können. Insbesondere kann die Verschiedenheit der Gesindeordnungen nicht herangezogen werden, da die meisten derselben ihren überwiegend polizeilichen Charakter nicht verläugnen können, und als die kaum zu erhaltenden Reste des patriarchalischen Polizeistaats erscheinen. Löst man aber den Gesindevertrag aus seinem natürlichen innern Zusammenhang mit dem Dienstvertrag, als dessen Unterart er er-

[32]) Vgl. Meyer Verwaltungsrecht I. S. 371, Eßer in Holtzendorffs Rechtslexikon III. S. 579 u. folg.

[33]) Gierke (Seite 99) nennt es eine ebenso charakteristische als bedauernswerthe Unterlassung; vergl. hiegegen Mecke a. a. O. Seite 12.

scheint, entzieht man sich der gesetzgeberischen Regelung brennender durch die Forderungen des Wirthschaftslebens bedingter Fragen, wie beispielsweise jener über die Haftung des Dienstherrn für die im Dienste erlittenen Verletzungen, oder vermögensrechtlichen Nachtheile [34]), so entsteht nicht nur eine durch das Bedürfniß keineswegs gebotene Störung der Rechtseinheit, sondern eine sehr bedauernswerthe Lücke im Gesetze selbst. Die reichsrechtliche Regelung des Gesinderechts schließt keineswegs die Aufrechthaltung mancher gewohnheitsrechtlicher Normen, wie beispielsweise bezüglich der Kündigungsfristen aus.

Artikel 56.

Nach Artikel 46 des Bürgerlichen Gesetzbuchs haftet für den Ersatz des Schadens, welchen der Vorstand oder ein Mitglied einer Korporation durch eine in Ausübung seiner Vertretungsvollmacht begangene widerrechtliche zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat.

Nach dieser klaren Bestimmung haftet der Vertreter der Körperschaft, insoweit er zur Vertretung bevollmächtigt war, und in Ausübung dieser Vollmacht gehandelt, für jedes von ihm verübte Delikt, und den hierdurch bedingten vermögensrechtlichen Nachtheil. Die Ersatzpflicht ist eine uneingeschränkte [35]).

Die Motive schränken jedoch diese gesetzliche Bestimmung ein. Dieselben beschränken die Ersatzpflicht insoweit, als der Vertreter der Körperschaft (des Staates oder der Gemeinde) in Ausübung einer privatrechtlichen Vertretungsvollmacht handeln: „die öffentlich rechtliche Frage, ob und inwieweit der Staat, beziehungsweise eine Gemeinde denjenigen Schaden zu ersetzen hat, welchen ein Beamter bei Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zugefügt bleibt unberührt, und beantwortet sich nach den Landesgesetzen."

Der Artikel 56 enthält nun diesen Vorbehalt, welcher in den Motiven (Seite 180) damit begründet werden will, daß, wenn sich auch die Verpflichtung zum Schadensersatz als eine privatrechtliche bezeichnen läßt, immerhin doch die Frage, ob eine derartige Verpflichtung anzuerkennen sei, mit dem öffentlichen Rechte der Einzel-

[34]) Daß die Kranken- und Unfallversicherungsgesetzgebung die Regelung dieser Frage keineswegs überflüssig macht, ist wohl klar.

[35]) Vgl. Hölder in A. f. civilr. Praxis LXXIII Seite 45, Meischeider, die alten Streitfragen Seite 10 und 52, Gierke a. a. O. Seite 150 Note 1.

staaten in so engem Zusammenhange stehe, daß die Regelung der Materie der Landesgesetzgebung anheim gegeben werden muß.

Es ist kaum zu erwarten, daß die Landesgesetzgebung sowenig, als es bisher geschehen, sich dieser Materie bemächtigen wird.

Diese Scheidung zwischen der Vertretung der Körperschaft nach ihrer öffentlichen und privatrechtlichen Seite ist indessen aus rechtlichen und praktischen Gründen unhaltbar.

Die Körperschaft kann nur durch ihre Vertreter handeln; beschädigt sie bei irgend einer Handlung, welche sie durch das Organ ihrer legalen Vertretung vorgenommen, einen Dritten und ist diese Handlung eine unerlaubte, so haftet sie für den Schaden, gleichviel, ob sie dem Bereiche der öffentlich rechtlichen oder privatrechtlichen Sphäre angehört, ohne Rücksicht darauf, ob ihr Organ in Ausübung eines Privatrechts oder als Träger öffentlicher Machtbefugnisse gehandelt. Die unerlaubte Handlung ist eben ein widerrechtlicher Eingriff in die Privatrechtssphäre eines Dritten, dessen Urheberschaft immerhin nicht auf das handelnde Organ, sondern auf die vertretene Körperschaft zurückführt und eben deshalb auch diese zum Schadensersatz verpflichtet.

Aus praktischen Gründen läßt sich aber die Frage nicht trennen, weil sich in vielen Fällen gar nicht ausscheiden läßt, ob das die Körperschaft vertretende Organ eine privat- oder öffentlich rechtliche Vertretungsvollmacht ausgeübt, in einer Reihe anderer Fälle mit dem öffentlich rechtlichen Verhältnisse ein privatrechtliches zusammentrifft [36]). Diese Scheidung entspricht auch nicht dem Stande der Rechtsprechung [37]). In der Entscheidung vom 3. April 1888 hat das Reichsgericht den Satz ausgesprochen, daß die juristische Person für schuldhafte Handlungen und Unterlassungen der Vertreter innerhalb ihrer Zuständigkeit in demselben Maße verantwortlich ist, wie eine Privatperson für eigene Handlungen und dieser für den Schutz des bürgerlichen Verkehrs nothwendige Satz auch vom Reichsgericht als eine nicht abzuweisende Folge der Organisation, und der Theilnahme der juristischen Person am Verkehr anerkannt worden sei [38]).

Das Reichsgericht unterscheidet hiernach keineswegs zwischen öffentlicher und privatrechtlicher Zuständigkeit.

[36]) Entscheidungen des Reichsgerichts VIII Seite 151.

[37]) Juristische Wochenschrift 1888 S. 35, 315, 446. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 19 Seite 350, Band 22 Seite 259.

[38]) Juristische Wochenschrift 1888 S. 212.

Hiernach dürfte sich die Streichung des Artikel 56 des Einführungsgesetzes empfehlen. Es bedarf lediglich der Streichung, da wie oben bemerkt, der Wortlaut des § 46 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Einschränkung der Haftpflicht gar nicht entnehmen läßt.

§ 58.

Die rechtliche Grundlage der Bestimmungen über die Fristen, innerhalb welcher Miethswohnungen zu räumen sind, bildet in den meisten Fällen das Gewohnheitsrecht. Um keinem Zweifel darüber Raum zu geben, daß auch diese gewohnheitsrechtlichen Fristen aufrecht erhalten bleiben, dürfte anstatt

der Vorschriften der Landesgesetze

zu setzen sein:

die landesrechtlichen Bestimmungen.

§ 62.

Der § 62 enthält einen Vorbehalt zu Gunsten der landesrechtlichen Bestimmungen über die Privatpfändung zum Schutze von Grundstücken und die Entrichtung von Pfandgeld.

Das dem 20. Juristentage erstattete Gutachten [39]) hat sich nicht nur gegen die reichsrechtliche Regelung, sondern auch überhaupt für die einer Beseitigung des Rechtsinstituts gleichkommende Beschränkung der Privatpfändung ausgesprochen.

Die hiefür geltend gemachten Gründe sind nicht überzeugend. Es mag zugegeben werden, daß für eine reichsrechtliche Regelung der Privatpfändung kein Bedürfniß besteht. Der Praktiker, der weiß, wie selten die Fälle der Privatpfändung aktuell werden, vermag nicht in das Klagelied einzustimmen [40]), welches in dem Ausschluß des Privatpfändungsrechtes aus dem Bereich des Entwurfs eine Verkümmerung des Rechtes der Landbevölkerung, des Stiefkindes des Entwurfs „den Ausdruck einer unüberwindlichen Abneigung gegen alles noch lebendige urwüchsige und sinnfällige Germanenrecht“ erkennt. Die Verschiedenartigkeit der agrarrechtlichen Bedürfnisse in den Einzelstaaten, würde eine einheitliche Regelung des Privatpfändungsrechtes niche einmal zweckmäßig erscheinen lassen.

Andererseits besteht kein Grund zur völligen Beseitigung desselben.

[39]) Vgl. Mörschell in Verhandlungen des XX. Deutschen Juristentages III S. 287.

[40]) Gierke, der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches S. 77, 181.

Wie den Motiven zum Einführungsgesetze (S. 188) zu entnehmen ist, handelt es sich nicht etwa bloß, wie das Gutachten annimmt, um ein in der preußischen, bayerischen und sächsischen Gesetzgebung, sondern um ein in fast allen deutschen Partikularrechten gesetzlich geregeltes Rechtsinstitut. Wo es indessen nicht durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen normirt ist, wurzelt es im Gewohnheitsrecht. Die Beseitigung desselben würde nicht nur dem landwirthschaftlichen Bedürfnisse widersprechen, sondern theilweise geradezu sogar den landwirthschaftlichen Rechtsschutz illusorisch machen. Der Umstand, daß die zur Privatpfändung berechtigende Beschädigung von Grundstücken in der Regel von dem Eigenthümer völlig unbekannten Personen verübt wird, sodaß weder eine strafrechtliche, noch civilrechtliche Verfolgung derselben möglich ist, bedingt für den Grundbesitz die Nothwendigkeit der anomalen Berechtigung, sich durch Pfändung den Beweis zu sichern. Die Funktion der Privatpfändung als eines Surrogats, als eines Sicherungsmittels des Beweises ist deshalb keineswegs, wie das Gutachten annimmt, veraltet. Noch weniger erscheint das Pfandgeld, welches durch die Privatpfändung gesichert werden soll, im Widerspruch mit den Bedürfnissen des praktischen Rechtslebens. Es ist ein Irrthum des Gutachters, wenn er dem Pfandgeld den Charakter einer Buße vindizirt. Der Pfandschilling soll lediglich den Grundbesitzer der Nothwendigkeit überheben, einen weitläufigen Schadensersatzprozeß zu führen, und sichert ihm die sofortige Schadloshaltung. Gegen Ueberforderungen schützen den Gepfändeten die Bestimmungen des Strafgesetzes über Nöthigung und Erpressung.

Es ist endlich aber auch ein Irrthum des Gutachtens, wenn darin angenommen wird, daß der strafgesetzliche Schutz versagt. Abgesehen von den Bestimmungen partikularrechtlicher Polizeigesetze schützen den Waldeigenthümer die Bestimmungen des § 117, den andern Grundbesitzer aber die Bestimmungen des § 223 und flg. des Strafgesetzes, da gegenüber einer berechtigten Privatpfändung von einer gesetzlich erlaubten Nothwehr nicht die Sprache sein kann. Es dürfte hiernach kein Grund bestehen, die landesgesetzlichen Bestimmungen über Privatpfändung zum Schutze von Grundstücken, sowie das Pfandgeld zu beseitigen.

Artikel 65.

Dieser Artikel hält die Bestimmungen der Landesgesetze aufrecht, soweit dieselben den Anspruch auf Rückerstattung von öffentlichen

Abgaben hinsichtlich seiner Statthaftigkeit, zeitlichen Dauer und Verjährung zum Gegenstande besonderer Regelung machen. Dieser Vorbehalt wird mit den Meinungsverschiedenheiten, welche hinsichtlich der öffentlichen und privatrechtlichen Natur dieses Anspruchs begründet, so daß es sich zur Vermeidung mißlicher Zweifel empfehle, die dem Landesrechte Raum lassende Vorschrift aufzunehmen. Gerade diese Begründung zeigt die Bedenklichkeit dieses Vorbehalts.

Die Annahme, als ob die Rückerstattungspflicht einer zur Ungebühr erhobenen Abgabe, dem öffentlichen Rechte angehöre und der privatrechtlichen Verfolgung entrückt sei, entstammt einer Zeit, in welcher die Forderungen des Rechtsstaats noch nicht zur vollen Geltung gelangt waren, vielmehr dem Interesse der Autorität der staatlichen Verwaltung geradezu untergeordnet wurden. Bei der Schaffung eines nachweislichen Rechts muß aber dieser Forderung soweit Geltung verschafft werden, daß keine landesgesetzliche Bestimmung, welche den Rechtsweg verschließt, mehr aufrecht bleibt.

Daß es sich in der That aber um einen nur dem Privatrecht, und nicht dem öffentlichen Recht angehörenden Anspruch handelt, ist durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung, und insbesondere in einer wahrhaft klassischen, sich auf eine historische Untersuchung der Frage gründenden Entscheidung des Reichsgerichts[41]) festgestellt. Es mögen nur wenige Sätze daraus hier ihren Platz finden:

„Hiernach ist in Deutschland schon in dem Jahrzehnt vor Gründung des neuen deutschen Reiches und zwar (nach einer früheren abweichenden Uebergangszeit) auch in Preußen das (inhaltlich mit den von der Judikatur zur Zeit des früheren Reichs deutscher Nation aufrecht erhaltenen und den Forderungen des gegenwärtigen Bewußtseins von dem Wesen des Rechtsstaates entsprechenden Grundsätzen übereinstimmende) Bewußtsein wach geworden, daß im Falle ungerechtfertigter Abgabenerhebung der dadurch in seiner individuellen Rechtssphäre gegenüber dem Gesetze Verletzte grundsätzlich berechtigt erscheine, sein Recht vor Gericht zu suchen, daß der Ausschluß des Rechtsweges in einem solchen Fall anomale positive Satzung sei. Dem Wesen des Rechtsstaates entspricht es, daß die verfassungsmäßig bei der Gesetzgebung mitwirkenden Faktoren die Zweckmäßigkeitsfrage, d. h. die Frage, welche Abgaben einzuführen seien, erwägen und durch das Abgabengesetz abschließend erledigen. Die Normen der gegebenen

---

[41]) Entscheidung des Reichsgerichts XI S. 65.

Abgabengesetze setzen Recht gegen und für den Abgabepflichtigen. Die Verwaltungsbehörden haben nicht Abgaben zu normiren."

Für derartige „anomale positive Satzungen", welche sich nicht nur mit der Rechtsentwicklung früherer Perioden, sondern vor Allem mit dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein der Nation in Widerspruch setzen, dürfte kein Raum im Bürgerlichen Gesetzbuch sein, weshalb es sich empfehlen dürfte, den Artikel 63 entweder vollständig zu streichen oder demselben den Zusatz beizufügen:

> jedoch nur insoweit, als hiedurch die Betretung des Rechtsweges nicht verschlossen ist.

Artikel 73.

Die Fassung dieses Artikels ist keine glückliche und giebt vor Allem zu sachlichen Bedenken Anlaß.

Der Entwurf kennt kein Sondereigenthum an einzelnen Gebäudetheilen, insbesondere kein horizontal getheiltes Eigenthum. Die Motive zum Einführungsgesetze verkennen nun nicht das Bedürfniß des partikularen Rechtslebens, vererbliche und veräußerliche Stockwerksgerechtigkeiten auch noch fernerhin zuzulassen. Es geschieht dies jedoch nicht vorbehaltlos, sondern in der Weise, daß das Rechtsverhältniß als Miteigenthum mit dinglicher Regelung der Benützung und Zulassung der Ausschließung des Anspruchs auf Theilung konstruirt, sonach die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 767 Absatz 2, 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgeschlossen wird.

Hiedurch wird einem juristischen Zwittergeschöpf das Leben gegeben. Ein völlig eigengeartetes, partikularrechtliches Rechtsinstitut soll in eine gemeinrechtliche Schablone gepreßt werden, welche dem Wesen desselben nicht im Mindesten entspricht. Nach den Motiven zum Einführungsgesetz zu schließen, welche von einer dinglichen Stockwerksgerechtigkeit sprechen, scheint über die Entwicklung des Herbergsrechts in Bayern, auf welches besonders hingewiesen wird, kaum eine den thatsächlichen Verhältnissen entsprechende Vorstellung zu bestehen.

Das Herbergsrecht umfaßt die ausschließliche Berechtigung auf ausgeschiedene Theile eines Hauses neben der ungetheilten Gemeinschaft einzelner Bestandtheile des Gebäudes, wie der Treppe, des Daches. Die räumlich ausgeschiedenen Theile sind selbstständig vererblich, veräußerlich und verpfändbar und besitzen darum ein gesondertes

Folium im Hypothekenbuch, erscheinen sonach als ein selbstständiges Rechtsobjekt.[42])

Daß für ein solches Rechtsverhältniß die Konstruktion als Miteigenthum die denkbarst ungeeignete erscheint, ist klar. Man berücksichtige nur, daß die gemeinrechtlichen Vorschriften über die Auseinandersetzung der Miteigenthümer versagen, da dieselben ausdrücklich ausgeschlossen sind, daß die landesgesetzlichen Bestimmungen hierüber aber nothwendig versagen müssen, da sie eben ein Miteigenthumsrecht der einzelnen Herbergsberechtigten nicht kennen, und aus diesem Grunde keine Bestimmungen über die Theilung enthalten können. Dazu kommt nun noch, daß bei der Konstruktion des Rechtsverhältnisses als eines Miteigenthumsverhältnisses unter Ausschluß der Bestimmungen des § 948 des Entwurfs im Widerspruche mit den Bedürfnissen des partikulären Rechtslebens eine selbstständige Verpfändung der einzelnen Gebäudetheile ausgeschlossen ist. Hier sind wohl nur die Grenzen einer Alternative zu ziehen.

Entweder die Aufrechthaltung des Herbergsrechts erscheint als eine Forderung des partikulären Rechtsbedürfnisses — und in diesem Falle ist es aufrecht zu erhalten, aber nicht als ein willkürlich gestaltetes Rechtsgebilde, sondern in der Gestalt, in welcher es sich auf Grund gewohnheitsrechtlicher und statutarrechtlicher Normen entwickelt und ausgebildet hat, oder das partikularrechtliche Bedürfniß gebietet nicht dessen Einhaltung. In diesem Falle mag aber das ganze Rechtsinstitut fallen und als Opfer der Rechtseinheit dem Untergang geweiht sein.

Daß indessen die Einhaltung desselben, zumal in den Kreisen der Landbevölkerung Bayerns, als ein lebhaftes und dringendes Bedürfniß empfunden wird, bezeugt ein Beschluß des landwirthschaftlichen Kreiskomité, in welchem unter wenigen Anträgen — es sind nur XI — verlangt wird,[43]) daß im Einführungsgesetze ausgesprochen werde

---

[42]) Vergl. Roth, bayerisches Civilrecht II S. 58.

[43]) Vgl. D. Popellier, Bericht über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches S. 32. Derselbe bemerkt mit Recht: der sittliche Werth eines eigenen Heim ist sicherlich mehr in Anschlag zu bringen, als die Gefahr der Friedensstörung im Innern der Häuser, von der die Motive (III S. 45) sprechen, zumal diese Gefahr unter den Wohnungsmiethverhältnissen gerade so groß, wenn nicht größer als bei dem Sondereigenthum an den einzelnen Theilen eines Hauses ist.

„daß den Landesgesetzgebungen vorbehalten bleibe, das Sondereigenthum an räumlich ausgeschiedenen Theilen eines Gebäudes zu gestatten."

Hiernach dürfte Artikel 73 zu fassen sein:

Unberührt bleiben die landesrechtlichen Bestimmungen, welche ein Sondereigenthum oder ein ausschließliches Benützungsrecht an räumlich ausgeschiedenen Theilen eines Gebäudes anerkennen.

Artikel 83—87.

Der Standpunkt, welchen der Entwurf bezüglich der gesetzlichen Normirung des Anerbenrechts eingenommen, hat mannigfache Anfechtungen erlitten. Die Forderung, daß das bäuerliche Anerbenrecht zu einem gemeinrechtlichen Institut zu erheben, und in den Grundzügen gemeinrechtlich zu ordnen gewesen wäre, ist mit allem Nachdruck erhoben worden.[44]) Der Stützpunkt für diese Forderung ist dem wirthschaftlichen Bedürfnisse entnommen, die Erhaltung und Neubildung geschlossener Güter im Interesse der Vermeidung einer allzugroßen Zersplitterung und Parzellirung des Grundbesitzes nach Möglichkeit zu begünstigen.

Allein diese agrarpolitischen Anschauungen erfreuen sich keineswegs allseitiger Anerkennung.[45]) Gerade in der neueren Zeit machen sich entgegengesetzte Strömungen geltend, welche eine Verallgemeinerung des Rentengütersystems für Westpreußen, eine größere Parzellirung und dichtere Besiedelung des Grundbesitzes erstreben, um gegen das Eindringen sozialistischer Anschauungen auf dem Lande eine Schutzwehr zu errichten.[46]) In den Kreisen der ländlichen Bevölkerung selbst wurde das Bedürfniß eines bäuerlichen Erbrechts niemals lebhaft empfunden. Die Stein-Hardenberg'sche Gesetzgebung beseitigte ohne jeden Widerspruch der ländlichen Bevölkerung den Grundsatz der Untheilbarkeit der Bauerngüter. Waldecks Schrift über das bäuerliche Erbfolgegesetz für die Provinz Westfalen, welche er zu einer Zeit (1841) verfaßte, in welcher er aller politischen Thätigkeit ferne stand, und in welcher er für das Civilerbfolgesystem be-

[44]) v. Minskowsky in Erbrecht und Grundeigenthumsvertheilung, Buchenberger in Schmollers Jahrbüchern XI. S. 71, Gierke a. a. O. S. 567.

[45]) Vgl. Meitzen in Schönbergs Handbuch der politischen Oekonomie I. S. 706, Roscher Nationalökonomik des Ackerbaues II. S. 263.

[46]) Sombart in Preußischen Jahrbüchern LIV. S. 345.

züglich der bäuerlichen Güter eintrat und das System der bäuerlichen Sondererbfolge als eine überlebte Wechselwirkung des mittelalterlichen Rechtssystems bekämpfte, begründete seine Volksthümlichkeit in solchem Grade, daß er den Namen des „Bauernkönigs" erhielt.[47]) Bei solchem Wandel sozialpolitischer Anschauungen hat sich der Gesetzgeber auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts doppelte Beschränkung aufzuerlegen. Es besteht deshalb auch nicht der mindeste Grund, dem bäuerlichen Anerberecht für das Bürgerliche Gesetzbuch eine über seine territoriale Geltung hinausreichende Bedeutung einzuräumen.

Aber auch in der rechtlichen Ausgestaltung des Anerbenrechts als eines rein persönlichen Anspruchs des Erben gegenüber den Miterben auf Ueberlassung des Anerbengutes wird dem Einführungsgesetze beizutreten sein. Das patriarchalische Anerbensystem, nach welchem der Hof dem Anerben von Rechtswegen anheimfällt, birgt unläugbare Gefahren für die Miterben und die Gläubiger in sich. Das Vorhandensein dieser Gefahren wird vergeblich zu läugnen versucht.[48]) Schon in jenen Gegenden, in welchen das Anerbenrecht nicht besteht, sondern das bäuerliche Gut auf Grund eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden von den Eltern auf die Kinder übergeht, bildet der bäuerliche Egoismus eine nicht versiegende Quelle von Streitigkeiten zwischen den einzelnen Familiengliedern. Gleichzeitig zeigt sich jedoch bei Abschluß dieser Verträge eine Nichtachtung der Rechte der Gläubiger, daß einige Sicherung der Rechte von Gläubigern und Miterben ein Gebot der Nothwendigkeit ist. In welcher Weise aber die Erben schon bei der Auseinandersetzung dafür Sorge tragen sollen, daß der Anerbe sie von den Schulden liberirt, wenn letzterem das Gut von Rechtswegen zufällt, und derselbe die Möglichkeit erlangt, dasselbe zu veräußern und zu belasten, und wie die Gläubiger sich gegen diese Verschlimmerung ihrer Rechtslage bei dem System der gesetzlichen Sondererbfolge in das Gut schützen sollen, wie Petersen annimmt, ist nicht abzusehen. Allerdings ist die Fassung des § 83 keine glückliche. Sie kleidet die Vorschrift nicht nur in das Gewand der Definition[49]), sondern sie bietet auch der Annahme Raum, als ob überhaupt nur jene landesgesetzlichen Bestimmungen aufrecht bleiben sollen, nach welchen der Anerbe lediglich die Ueber-

[47]) H. B. Oppenheim, Benedikt Franz Leo Waldeck S. 31.
[48]) So Petersen, die Berufung zur Erbschaft S. 25 und flg.
[49]) Vergl. Petersen a. a. O. S. 26.

lassung des Anerbenguts gegen Werthsersatz beanspruchen kann, alle übrigen Bestimmungen aber aufgehoben sein sollen.

Diesen Zweifeln dürfte folgende Fassung des Artikel 83 begegnen:

> „Unberührt bleiben die landesrechtlichen Bestimmungen über die bäuerliche Erbfolge, jedoch mit dem Abmaße, daß beim Vorhandensein mehrerer Erben einer der Erben (Anerben) die Ueberlassung des zum Nachlasse gehörigen Guts (Anerbenguts) nur gegen Ersatz eines gewissen Werths beanspruchen kann."

Der von Petersen nicht beanstandete Artikel 84 Absatz 1 bedingt eine Einschränkung, welche durch die Rücksicht auf den Pflichttheilsanspruch der Miterben geboten erscheint. Es mag zugegeben werden, daß das Interesse des Anerben eine Art der Werthsermittelung bedingt, welche es ihm ermöglicht, ohne allzuschwere Belastung sich auf dem Gute zu behaupten. Allein diese Zweckmäßigkeitsrücksicht findet ihre Grenze in dem Rechte der Pflichttheilsberechtigten. Die Möglichkeit besteht, daß der auf Grund des Landesrechts ermittelte Uebernahmswerth in dem Verhältnisse zu dem wahren Werth ein solcher ist, daß hierdurch der Pflichttheil der Miterben verletzt ist. Die Gerechtigkeit erfordert schon entsprechend dem allgemeinen Grundsatz, daß das gemeine Recht durch das Landesrecht nicht über das Maß des Bedürfnisses hinaus durchbrochen werde, die Berücksichtigung der Pflichttheilsrechte, so daß Artikel 84 den Zusatz erhalten dürfte:

> „Die unter Ziffer 1 aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften greifen nur insoweit Platz, als hierdurch die Pflichttheilsrechte der Miterben nicht verletzt werden."

Mit diesem Zusatze unvereinbarlich ist aber auch der Absatz 2 des Artikels 85, welcher an und für sich überflüssig erscheint, da er im Grunde nur eine Wiederholung des im Artikel 84 Ziffer 1 und 2 normirten Vorbehaltes ist. Hiernach soll bei Bestimmung des Pflichttheiles das Grundstück mit Zubehör nur zu dem von dem Anerben zu ersetzenden Werthe unter Abzug des dem Anerben gebührenden Vorauses berücksichtigt werden.

Mit Recht bemerkt Petersen[50]), welcher zwar nicht die bedingungslose Berücksichtigung des Uebernahmswerths auf Grund

[50]) Petersen a. a. O. S 27. Vgl. Gierke a. a. O. S. 571.

der Landesgesetze, wohl aber noch den Abzug des dem Anerben auf Grund landesgesetzlicher Vorschrift gebührenden Vorauses bekämpft, daß durch eine derartige Regelung der Pflichttheilsanspruch der Miterben geradezu illusorisch werden könne. Die sonstigen positiven Bestimmungen des Einführungsgesetzes geben, soweit sie das Verhältniß des Entwurfs zu den Landesgesetzen betreffen, zu keiner Erinnerung Anlaß. Dagegen ist auf zwei Lücken aufmerksam zu machen.

In verschiedenen Staaten bestehen Gesetze über Feuerversicherung von Immobilien. Die gesetzlichen Bestimmungen hierüber können wohl um so weniger entbehrt werden, als in dem der Revision des Handelsgesetzbuches vorzubehaltenden Versicherungsrecht voraussichtlich nur die Mobiliarversicherung den Gegenstand der gesetzlichen Regelung bilden kann. Das Einführungsgesetz kann wohl aber über diese Gesetze um so weniger mit Stillschweigen[51]) hinweggehen, als dieselben privatrechtliche Bestimmungen enthalten, welche theilweise mit jenen des Entwurfs im Widerspruch stehen.

So enthält beispielsweise das bayerische Gesetz, die Brandversicherungsanstalt für Gebäude vom 3. April 1875, Bestimmungen betreffs der Zubehörungen (Artikel 5, 7, 9), betreffs der Versicherungen der Antheile (Artikel 8), betreffs der Entschädigung (Artikel 34—43), über Gesammthaftung (Artikel 71), welche von jenen des Bürgerlichen Gesetzbuches theilweise abweichen.

Eine Bestimmung, welche die landesrechtlichen Normen über die Brandversicherung von Gebäuden aufrecht erhält, dürfte darum nicht zu entbehren sein.

Die Motive zu § 736 (II. S. 827) erachten besondere Vorschriften über die Haftung öffentlich angestellter Sachverständiger und Schätzer, welche innerhalb ihres Wirkungskreises in Angelegenheit ihrer Kunst oder Wissenschaft ein unrichtiges Gutachten abgeben, oder eine unrichtige Schätzung aufstellen, als überflüssig. Der Umstand, daß durch ein Versehen (aus grober Fahrlässigkeit) ein Dritter leicht Schaden erleiden könne, sei als ein zureichender Grund für die Angemessenheit der Vorschrift nicht anzusehen. Diese Begründung ist sehr wenig überzeugend, und steht insbesondere mit der Bestimmung des § 604 (Motive III. S. 555) insofern in Widerspruch, als selbst

[51]) Der Artikel 77 erwähnt nur die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für den Fall, daß zerstörte Gebäude in anderer Lage wiederhergestellt werden, die Rechte an den betheiligten Grundstücken regeln.

der bloße Rath, welcher kraft Gewerbs oder Berufs ertheilt wird, zu einer weitergehenden Haftung, als jener wegen Arglist verpflichtet.

Eine Schätzung ist mehr als ein Rath. Die Schätzung eines verpflichteten Schätzers ist eine der Bedeutung einer Bürgschaft gleichkommende Erklärung, daß der von ihm angegebene Werth sich auf die pflichtmäßige und sorgfältigste Erhebung gründet und dem wahren Werthsverhältnisse entspricht. Aus welchem Grunde eine solche Erklärung den Dritten, für welchen dieselbe bestimmt ist, für welchen sie als Richtschnur für seinen rechtsgeschäftlichen Verkehr bestimmt ist, nicht zu einem Entschädigungsanspruche berechtigen soll, falls der Schätzer in gröblicher Weise seine Berufspflicht verletzt, ist wohl unerfindlich. Sei dem aber wie ihm wolle, so können im Interesse des hypothekarischen Kredits für bestimmte Theile des Reichs partikularrechtliche Normen über die Haftung der Hypothekenschätzer nicht entbehrt werden. Die Schätzungen derselben bildeten bisher fast ausschließlich die Grundlage für den von den Bodenkreditbanken zu bewilligenden Hypothekenkredit. Die bisherigen Erfahrungen haben ergeben, daß in nicht seltenen Fällen höchst leichtfertige Schätzungen erfolgten und dem denselben gutgläubig vertrauenden Hypothekengläubiger erhebliche Vermögensnachtheile zufügten. Das einzige Korrektiv gegenüber diesen Pflichtverletzungen bildeten Bestimmungen, welche die Schätzer für den durch diese pflichtwidrigen Schätzungen zugefügten Schaden verantwortlich erklärten.

So verpflichten § 9 und 10 der bayerischen Instruktion für Schätzungen und Schätzmänner in Hypothekensachen — Beilage V. zur Vollzugsinstruktion für das Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 — den wahren bleibenden und beständigen Werth der Hypothekenobjekte abzuschätzen, und bestimmen weiter, daß die Hypothekenschätzer wegen übertriebener und zu hoher Schätzungen nach Maßgabe der geltenden Gesetze und Rechtsgrundsätze für Schadensersatz haften.

Als Folge der Beseitigung dieser partikularrechtlichen Normen würde sich eine höchst empfindliche und die geschäftlichen Interessen des allgemeinen Verkehrs schädigende Erschwerung des Hypothekarkredits fühlbar machen[52]). Die schädlichen Folgen würden sich indessen keineswegs auf den Hypothekarkredit beschränken, nachdem dergleichen Schätzungen auch für den künftigen Grundschuldverkehr von Bedeutung sein werden. Die Aufrechterhaltung derselben stellt sich deshalb als eine gesetzpolitische Nothwendigkeit dar.

[52]) Vergl. Dr. Papelliers, a. a. O. S. 28 und 29.

Vierter Abschnitt.

Uebergangsbestimmungen.

Die Frage, von welchem Zeitpunkte die Rechtsverhältnisse der Herrschaft des neuen Gesetzes zu unterwerfen seien, ist mehr eine gesetzestechnische, mehr oder minder von Zweckmäßigkeitsgründen beherrscht. Die meisten dieser bloßen Nützlichkeitsrücksichten entflossenen Bestimmungen entziehen sich deshalb der kritischen Besprechung, nachdem die Frage der zeitlichen Wirksamkeit des Gesetzes für das einzelne Rechtsverhältniß von nur untergeordnetem Interesse ist, sofern die aufgestellten Grundsätze der Rechtsanwendung den leitenden Richtpunkt bieten. Diese Voraussetzung trifft wohl bezüglich der meisten, nicht jedoch bezüglich aller Uebergangsbestimmungen zu, unvollständig erscheint vor Allem jene des

Artikel 103.

„Ein Schuldverhältniß, welches vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches entstanden ist, wird nach den bisherigen Gesetzen beurtheilt."

Der Text und die Eingangsworte der Motive (S. 255) verleiten zu der Annahme, daß die Gesammtheit aller die Wirksamkeit des Schuldverhältnisses beeinflussenden Momente nach dem Gesetze zu beurtheilen ist, unter welchem es zur Entstehung gelangt ist. So bemerken die Motive, daß der enge Zusammenhang der Schuldverhältnisse mit ihrem Entstehungsgrunde ergebe, daß ein Schuldverhältniß von denjenigen Gesetzen beherrscht wird, welche zur Zeit der Verwirklichung des ihm zu Grunde liegenden Thatbestandes bestehen. "Inhalt und Umfang des Schuldverhältnisses, welches vor dem Inkrafttreten des Gesetzes entstanden, reglen sich nach dem bisherigen Rechte. Zu dem Umfange eines Schuldverhältnisses gehört Gegenstand, Zeit und Ort der Erfüllung; das Erfüllungsgeschäft selbst aber bestimmt sich nach dem neuen Gesetze, so daß, falls die Erfüllung eines vorher abgeschlossenen Kaufvertrags in die Zeit nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs falle, nicht nur die Uebergabe, sondern insofern ein Grundbuch vorhanden sei, auch die Auflassung geboten sei.

Welcher Widerspruch? Wann, wo und was bei einem unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes entstandenen Schuldverhältnisse

zu leisten, bestimmt dieses; in welcher Weise und Form die Leistung erfolgen soll, bestimmt das neuere Recht, falls die Leistung schon in die Zeit der Geltung des letzteren Gesetzes fällt.

Es ist des Widerspruchs jedoch nicht genug. Es wird in den Motiven die weitere Frage aufgeworfen, inwieweit unter der Herrschaft des neuen Rechts entstandene Thatsachen, welche für ein nach bisherigem Recht sich bestimmendes Schuldverhältniß bedeutsam werden, in ihren Wirkungen nach dem neuen Rechte zu beurtheilen sind, so beispielsweise der Verzug des Schuldners, Eintritt der Unmöglichkeit der Erfüllung.

Würde die obige Regel, daß der rechtliche Inhalt und Umfang des Schuldverhältnisses, insbesondere rücksichtlich des Gegenstands, der Zeit und des Ortes der Erfüllung dem bisherigen Rechte unterstehe, durchgreifen, so würde diese Frage auch nicht dem geringsten Zweifel unterliegen können. Denn dasselbe Gesetz, welches für die Zeit der Erfüllung maßgebend ist, sollte doch auch für die nicht rechtzeitige Erfüllung des Schuldverhältnisses — etwas Anderes ist doch der Verzug nicht — maßgebend sein, und dasselbe Gesetz, welches bestimmt, was zu leisten ist, welche Leistung den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet, muß doch auch bestimmend sein, wenn dieser Gegenstand nicht geleistet werden kann, die Leistung selbst unmöglich wird.

Statt dessen wird ein Unterscheidungsmerkmal aufgestellt, welches das Verständniß kaum erleichtert, in Wirklichkeit aber nicht einmal einen Gegensatz der unterscheidenden Momente bezeichnet.

Die Entscheidung soll davon abhängen, ob die betreffende Thatsache in einem solchen Zusammenhang mit dem Schuldverhältnisse stehe, daß sie erst durch dasselbe ihre rechtliche Bedeutung erhält, und ihre Einwirkung sich gleichsam als innere Entwickelung des Schuldverhältnisses darstellt, oder ob die Thatsache eine solche ist, welche an das Schuldverhältniß von außen herantritt, und mit der konkreten Beschaffenheit desselben nicht in einem bedingenden Zusammenhang steht. Im ersteren Fall bewendet es bei der maßgebenden Bedeutung des früheren Rechts, im letzteren Falle greift das neue Recht ein.

Was ist unter der inneren Entwicklung des Schuldverhältnisses zu verstehen?

Ist beispielsweise die Entstehung einer das Zurückhaltungsrecht begründenden Gegenforderung nicht eine von Außen herantretende

Thatsache, und steht dieselbe nicht dennoch mit einem die konkrete Beschaffenheit des Schuldverhältnisses insofern bedingenden Zusammenhang, als sie das Forderungsrecht des Gläubigers suspendirt? Ja, übt dieses Zurückbehaltungsrecht nicht gleichzeitig seinen Einfluß auf die innere Entwicklung des Schuldverhältnisses? Soll nun das ältere Recht entscheidend sein, trotzdem die Gegenforderung unter der Herrschaft des neueren Rechts zur Entstehung gelangt ist? Nach welchem Recht ist zu entscheiden, wenn die Bürgschaft unter dem älteren Recht eingegangen, der Liberationsgrund in der Person des Schuldners unter dem neueren Recht eingetreten ist?

Einzelentscheidungen lassen sich allerdings nicht geben, wie die Motive betonen, aber ebensowenig ist es förderlich, sich in den Motiven in Abstraktionen zu verlieren, welche für die praktische Rechtsanwendung versagen, da die beiden gegensätzlichen Momente zusammentreffen können, und am wenigsten ist es zulässig, in dem Gesetzestext einen Satz zu formuliren, dessen Regel durch die Begründung der Motive bereits durchbrochen wird.

Abgesehen von den oben erwähnten Fällen wird am Schlusse des Artikels 103 noch ausdrücklich erwähnt, daß durch die Regel des Artikels 103 nicht ausgeschlossen sein soll, bezüglich einzelner Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, welche einen reformatorischen oder prohibitiven Charakter dargestellt haben, daß sie auch die zur Zeit des Inkrafttretens bestehenden Schuldverhältnisse zu ergreifen beabsichtigen, dieser rückwirkenden Tendenz Folge zu geben und die betreffenden Normen auf die bestehenden Schuldverhältnisse zur Anwendung zu bringen. Welches diese Normen seien, solle im Wege der Auslegung festgestellt werden. Auch dieses ist mißlich. Der Rechtsuchende muß wissen, auf welche Schuldverhältnisse das Gesetz rückwirkende Kraft üben soll. Die Rückwirkung des Gesetzes dürfte indessen möglichst zu beschränken sein, und lediglich bezüglich des Spiel- und Wettvertrags Platz greifen.

Im Uebrigen dürfte der in den Motiven zu § 103 ausgesprochene Grundsatz, daß das Schuldverhältniß von denjenigen Gesetzen beherrscht wird, welche zur Zeit der Verwirklichung des ihm zu Grunde liegenden Thatbestandes bestehen, wohl nach einem Vorschlag, der gewiß verbesserungsbedürftig ist, indessen doch manche Unklarheiten und Zweifel beseitigt, in folgender Fassung zum Ausdruck gelangen:

> Bei Schuldverhältnissen werden Voraussetzungen und Wirkungen der dieselben beeinflussenden recht-

lichen Thatsachen nach dem Gesetze beurtheilt, unter welchem sie zur Entstehung gelangen.

Auf Spiel- und Wettverträge findet das Bürgerliche Gesetzbuch sofortige Anwendung.

Hiernach wird es wohl nicht zweifelhaft sein, daß für die Form des Schuldverhältnisses, die Bedingungen seiner Rechtswirksamkeit stets das Gesetz entscheidend ist, unter dessen Herrschaft es zum Abschlusse gelangt ist. Verwirklicht sich bei einem unter dem bisherigen Rechte entstandenen bedingten Schuldverhältnisse die aufschiebende Bedingung erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, so ist dieses entscheidend.

Für die Anwendung des § 677 (Recht des Bürgen auf Sicherheitsleistung) ist beispielsweise entscheidend, ob die thatsächlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf Sicherheit unter der Herrschaft des neuen Gesetzes bereits gegeben waren. Für Kondiktionen wird dasjenige Gesetz maßgebend sein, unter dessen Geltung der Rückleistungsanspruch (Hinwegfall des Grundes der Leistung) zur rechtlichen Entstehung gelangt. Ebenso wird der Zeitpunkt des Erfüllungsgeschäfts in seiner Totalität (rücksichtlich der Form, des Verzugs, der Möglichkeit, der Surrogate der Erfüllung, Hinterlegung, Hingabe an Zahlungsstatt) wie des Erlöschens der Forderung allein für die Gesetzesanwendung bestimmend sein.

Artikel 108—110.

Diese Artikel regeln den Interimszustand zwischen dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs und einer erst später erfolgenden Herstellung des Grundbuchs resp. der der landesherrlichen Verordnung vorbehaltenen Feststellung, daß das Grundbuch als angelegt gelte.

Drei Systeme, die aus dem Mangel des Grundbuchs für ein einheitliches Immobiliarrecht entstehenden Schwierigkeiten zu beseitigen, werden als möglich gedacht:

1) Anwendung des gesammten Immobiliarrechts mit Ausnahme der Normen über das Erforderniß der Eintragung ins Grundbuch und die Garantiewirkungen desselben, wobei der Rechtserwerb an die Erklärung des dinglichen Rechtsgeschäfts vor dem Grundbuchamte oder an die Einreichung der Urkunde zu den Grundakten geknüpft werden könnte.
2) Ersatz des Grundbuches durch die von Fall zu Fall über jedes einzelne Grundstück anzulegenden Grundbuchblätter.

3) Geltung des bisherigen Immobiliarrechts in Ansehung der Aenderungen im dinglichen Rechtsbestande durch Rechtsgeschäft oder Gesetz, also soweit es sich um den Erwerb oder das Aufgeben des Eigenthums oder um die Begründung, Uebertragung, Belastung und Aufhebung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke oder eines Rechtes an einem solchen Rechte handelt. Das alte Recht gelangt aber nur zur Anwendung in Ansehung der die Rechtsänderung unmittelbar bezweckenden Rechtsgeschäfte, nicht bezüglich der demselben zu Grunde liegenden Causa.

Für dieses System hat sich der Entwurf des Einführungsgesetzes entschieden.

Es ist vor Allem zu fragen, ob denn ein vorläufiger Rechtszustand überhaupt eine nicht zu umgehende Nothwendigkeit bildet, ob nicht vielmehr die gleichzeitige Anlage des Grundbuchs mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu ermöglichen ist. Unleugbar erscheint bei jedem der Systeme die Sicherheit des Immobiliarverkehrs gefährdet; je eingreifender die durch die Einführung des Grundbuchsystems bedingten Aenderungen in jenen Staaten sind, welchen dasselbe bisher fremd war, desto mißlicher ist es, einen Zwitterrechtszustand bezüglich des Immobiliarverkehrs eintreten zu lassen, vermöge dessen bald das bisherige, bald das neue Recht zur Anwendung gelangt. Es ist deshalb die Frage aufzuwerfen, ob in dem geräumigen Zeitraum, welcher zwischen der Verkündigung und der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegt, nicht die Vorarbeiten für die Herstellung des Grundbuches und diese selbst zu bewältigen sind. In dem weitaus größten Theile des deutschen Reiches bestehen bereits Grundbücher. Sind dieselben auch unter sich verschieden, und entsprechen dieselben auch nicht durchaus dem System der Grundbuchordnung, so können doch diese Verschiedenheiten und Abweichungen kaum so erheblich sein, als daß die bestehenden Grundbücher nicht in einem Zeitraum von 3—5 Jahren dem System der Grundbuchordnung angepaßt werden können.

Es steht sogar zu erwarten, daß von der in Artikel 108 Absatz 2 eingeräumten Befugniß (vgl. Motive S. 267) ohne vorausgegangenes Auslegungsverfahren das Grundbuch für angelegt zu erklären und die bisher geführten Bücher als Grundbücher im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu bezeichnen, Gebrauch gemacht werden wird.

In den süddeutschen Staaten bestehen allerdings keine Grund-

bücher, wohl aber Hypothekenbücher, sowie die die Stelle von Flurbüchern vertretenden Kataster- oder Steuerbücher, so daß die Vorarbeiten für die Anlage des Grundbuches immerhin erleichtert sein dürften. Wenn im Jahre 1822, zu einer Zeit, in welcher die Landesvermessung noch nicht einmal begonnen war, im Königreich Bayern für die Einführung des auf ein durchaus neues Hypothekensystem basirten Hypothekengesetzes resp. für die Anlage der Hypothekenbücher ein dreijähriger Zeitraum genügte, so dürfte wohl in demselben Zeitraum unter den oben geschilderten Verhältnissen die Vorbereitung des Grundbuchs zum Abschluß gelangen.

Der sehr praktische Weg, den der Entwurf in Artikel 108 eingeschlagen, die Anlage der Grundbücher der landesrechtlichen Verordnung vorzubehalten, welche hierdurch mit Gesetzeskraft bekleidet wird, erscheint nur geeignet, den baldigen Abschluß der diesbezüglichen Arbeiten zu fördern.

Wird für die nach Artikel 108 zu erlassende landesherrliche Verordnung reichsgesetzlich eine kurze Frist festgesetzt, um den gleichzeitigen Beginn des bei der Anlage der Grundbücher einzuschlagenden Verfahrens zu ermöglichen, und wird, wogegen doch nicht das mindeste Bedenken besteht, in Artikel 1 des Einführungsgesetzes ausgesprochen, daß die Bestimmungen des § 108 Absatz 1 und 2 sofort mit der Verkündung des Gesetzes in Wirksamkeit treten, so sind alle Unzuträglichkeiten beseitigt, welche in dem Umstande ihren Grund haben, daß im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht zugleich das Grundbuch fertiggestellt ist.

Es dürfte deshalb der Art. 108 folgende Fassung erhalten:

> „das zum Zwecke der Anlegung der Grundbücher einzuhaltende Verfahren wird für jeden Bundesstaat durch eine innerhalb 3 Monaten von Verkündigung des gegenwärtigen Gesetzes an zu erlassende landesherrliche Verordnung bestimmt"

und mit Rücksicht hierauf Artikel 1 die Zusatzbestimmung erhalten:

> Die Bestimmungen des § 108 Absatz 1 und 2 treten sofort mit der Verkündigung des gegenwärtigen Gesetzes in Kraft.

Die Ergebnisse der Gutachten aus dem Anwaltstande.

Von Rechtsanwalt Dr. C. F. Reatz in Gießen.

Das Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

§ 1.

Die Gutachten aus dem Anwaltstande wurden eingeführt durch einen Aufsatz des Justizraths Mecke in Leipzig über „das Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuches zu den Landesgesetzen“[1]). Es geschah dies zu einer Zeit, zu welcher der Entwurf des Einführungsgesetzes der allgemeinen Beurtheilung zwar noch nicht übergeben, sein Inhalt aber bereits in die Oeffentlichkeit gedrungen war (Norddeutsche Allgemeine Zeitung, Juli 1888). Es warf sich zunächst die Frage auf, ob der Entwurf des Gesetzbuches und das Einführungsgesetz das Maß desjenigen richtig bemessen habe, was von Landesgesetzen bestehen bleiben solle. Der Verfasser beleuchtet die grundlegende Bestimmung des Art. 32 des Einführungsgesetzes, wonach die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft treten, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuche oder im Einführungsgesetz bestimmt ist, daß sie in Kraft bleiben sollen, — und unterzieht die wesentlichsten Ausnahmebestimmungen der Art. 33 bis 91 einer Kritik. Er spricht hierbei den Wunsch aus, daß die in Art. 34 erwähnten Hausgesetze der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern in geeigneter Form veröffentlicht würden, billigt mit Rücksicht auf früher gegebene staatsrechtliche Versprechen den Art. 34, der in Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter der ehemals reichsständischen, seit 1806 mittelbar

[1]) Heft I. (September 1888) S. 1—18.

gewordenen Häuser, sowie des ehemaligen Reichsadels eine Ausnahmestellung gewährt, und weist die Bestimmungen über Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter, die beschränkte Hypothek an Grundstücken, sowie die Belastung und Veräußerung von Grundstücken gegen Verbot den Landesgesetzen zu. Agrarrecht, Deich- und Sielrecht, Zwangs- und Bannrechte, Realgewerbeberechtigungen, Regalien, Gesinderecht (vorbehältlich der Bestimmungen des B. G. B. § 64—71, 224, 567, 711—713, 1277) müssen der Landesgesetzgebung, der Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleihen und der Pfandanstalten möge der besonderen Reichsgesetzgebung überlassen werden, Bergrecht und Wasserrecht dagegen, sowie ein Theil der Zwangsenteignung, Jagd- und Fischereirecht einschließlich des Wildschadensersatzes gehören dem bürgerlichen Rechte des Reichs an. Für die freigebigen Erwerbungen der todten Hand (Art. 48) soll durch reichsgesetzliche Vorschrift staatliche Genehmigung gefordert werden. Indem die Normirung der Rechte und Pflichten der juristischen Personen den Landesgesetzen überlassen wird (Art. 49), ist den Landesrechten eine allzugroße Macht verblieben. Die Regelung der vermögensrechtlichen Folgen einer widerrechtlichen Schadenszufügung durch einen Beamten soll dem bürgerlichen Rechte zugewiesen, und reichsrechtlich dahin bestimmt werden, daß der Staat und die sonstigen staatlichen Verbände in allen Fällen haften (Art. 56). Getreu dem Grundsatze, das Gute nehmen und das Beste erstreben, will der Verfasser trotz seiner Bedenken gegen die Abgrenzung von Reichs- und Landesrecht die Annahme des Entwurfs, und fordert für jetzt oder später den Erlaß besonderer Reichsgesetze, durch welche die ohne Grund dem Landesrecht überlassenen Materien diesem wieder entzogen und für ganz Deutschland gleichmäßig geregelt werden.

Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.

Dritter Abschnitt.

Juristische Personen (§§ 41—63).

§ 2.

Neben den physischen oder menschlichen Personen kennt der Entwurf juristische Personen. Nach ihm (§ 41) können Personenvereine und Stiftungen die Fähigkeit haben (bezw. erhalten), als

solche selbstständig Vermögensrechte und Vermögenspflichten zu haben (juristische Persönlichkeit). Personenvereine und Stiftungen, welchen diese juristische Persönlichkeit nicht zukommt, sind im Entwurfe nicht besonders geregelt. Die juristische Persönlichkeit eines Personenvereins und der Verlust dieser Persönlichkeit bestimmen sich in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften nach den Landesgesetzen des Orts, an welchem der Personenverein seinen Sitz hat (§ 42).

Hermann Kausen in Düsseldorf (jetzt in Köln) in seinem Gutachten über „Juristische Personen mit besonderer Berücksichtigung der modernen Personenvereine"[2]) billigt mit Rücksicht auf die verschiedene Gestaltung des bei dieser Frage in Betracht kommenden Staatsrechts in den einzelnen Bundesstaaten, daß der Entwurf den Landesgesetzen einen weiten Spielraum eingeräumt habe, allein er glaubt, daß die richtigen Grenzen dieser grundsätzlich zu billigenden Nachgiebigkeit nicht innegehalten worden seien. Nach dem Nachweis der Vielgestaltigkeit des in den einzelnen Ländern bestehenden Rechtszustandes, den der Entwurf in das neue deutsche Recht hinüberzunehmen beabsichtige, bringt Kausen folgende Wünsche zum Ausdruck:

1. Einführung gewisser einheitlicher Grundformen für alle auf Landesrecht beruhenden juristischen Personen; das Reich möge in seinen Gesetzen an denselben Formen festhalten.

2. Einführung von Normativbedingungen, durch deren Erfüllung die ihrem Charakter nach näher zu bestimmenden Vereine die Rechte einer juristischen Person erlangen können.

3. Ordnung der Rechtsverhältnisse derjenigen Vereine, welche der juristischen Persönlichkeit entbehren.

Die wohlwollende Unterstellung der Motive, daß die einzelnen Landesgesetzgebungen die vom Entwurf ihnen zugewiesene Aufgabe mit hinreichender Vollständigkeit und Einheitlichkeit lösen würden, bezeichnet Kausen als nicht zutreffend, und schlägt er daher

ad 1. folgende Rechtsnormen vor:

a) Personenvereine und Stiftungen, welche ihren Ursprung aus dem Landesrecht ableiten, unterliegen einer allgemeinen Registerpflicht. (Beim Amtsgericht werden darnach eingetragen: Name, Zweck und Sitz der juristischen Person, Bezeichnung des Gesetzes oder des behördlichen Verleihungsakts, woraus

[2]) Heft I. (September 1888) S. 19—40.

dieselbe ihre Entstehung herleitet, die statutarischen Bestimmungen über die Bildung des Vorstandes und die Befugnisse desselben hinsichtlich der Vertretung nach Außen, das Erlöschen der juristischen Persönlichkeit.)

b) Solche Personenvereine und Stiftungen können in Zukunft nur entstehen durch eine ausdrückliche landesgesetzliche Bestimmung, durch die zur öffentlichen Kenntniß gebrachte Verleihung der juristischen Persönlichkeit Seitens der staatsrechtlich dazu berufenen Behörde, und durch die Erfüllung der Bedingungen, welche in besonderen Landesgesetzen für die Erlangung der juristischen Persönlichkeit aufgestellt sind.

c) Die Registerbehörde hat zu prüfen, ob den Erfordernissen des Gesetzes genügt ist; der Beschwerdeweg ist zu ordnen.

d) Vor der Eintragung in das Register können die juristischen Personen keine Rechtshandlung vornehmen.

e) Auch die bereits bestehenden juristischen Personen unterliegen (mit gewissen Einschränkungen) der Registerpflicht.

f) Personenvereine ohne juristische Persönlichkeit sind nicht parteifähig.

ad 2. Personenvereine von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Thätigkeit nicht auf die Erzielung vermögensrechtlicher Vortheile, sondern auf die Verfolgung wissenschaftlicher, künstlerischer, religiöser, politischer, wohlthätiger, geselliger und gewerblicher Zwecke, auf die Förderung der Interessen bestimmter Berufskreise oder Gegenden, auf die Hebung der Körperpflege oder der Geistesbildung gerichtet sind, erlangen durch die Eintragung der beim Amtsgericht ihres Wohnsitzes geführten Register juristischer Personen die Rechte einer solchen unter der Bezeichnung: „Eingetragener Verein."

Ausgenommen sind

a) Vereine, deren Bildung oder Zweck nach Reichsrecht oder dem am Wohnsitz des Vereins geltenden Landesrecht unerlaubt ist.

b) Vereine, deren Thätigkeit oder Mitgliederbestand über den Bereich des einzelnen Bundesstaats hinausreicht.

c) Vereinigungen von Ordenspersonen zu häuslicher Gemeinschaft.

Zur Gründung bedarf es: der Annahme eines Gesammtnamens, der schriftlichen Abfassung des Gesellschaftsvertrags (Statuten) und in den Fällen, in denen die Bildung des Vereins als solchen gesetzlich von der Genehmigung einer Behörde abhängig ist, der Beibringung dieser Genehmigung.

ad 3. In Bezug auf die Ordnung der Rechtsverhältnisse derjenigen Vereine, welche der juristischen Persönlichkeit entbehren, erörtert Kausen, zum Theil mit bestimmten ins Detail gehenden Vorschlägen, die Verfassung des Vereins, die Rechte an unbeweglichen und beweglichen Sachen, das Zurückbehaltungsrecht, Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen eines Vereinsmitglieds, Schulden und Forderungen des Vereins.

Zum Schlusse wird es als wünschenswerth bezeichnet, wenn mit größerer Klarheit zum Ausdruck gebracht würde, daß die §§ 44—57 und 61 Entw. für alle Körperschaften (mit öffentlich rechtlichem oder privatrechtlichem Charakter) und für die bereits bestehenden gelten sollten, sowie wenn die juristische Persönlichkeit des Fiskus zum Gegenstande reichsrechtlicher Normen gemacht würde.

Vierter Abschnitt.

Rechtsgeschäfte (§ 64—143).

§ 3.

Das von Rechtsanwalt Professor Dr. Hellmann in München erstattete Gutachten über „Rechtsgeschäfte“ [3]) wendet sich

1. gegen die in den Motiven gegebene Definition des Rechtsgeschäfts und giebt zu erwägen, ob nicht der Begriff des Rechtsgeschäfts im Gesetze selbst, und zwar anders als von den Motiven festgestellt werden solle.

2. Im § 64 wäre statt von einer Person, die des Vernunftgebrauchs, wenn auch nur vorübergehend, beraubt ist, zu sagen: eine Person, welche des Vernunftgebrauchs, wenn auch nur vorübergehend, „entbehrt.“

3. Es wird gerügt, daß der vom Entwurfe neben der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts aufgestellte Begriff der „Unwirksamkeit“ häufig da verwendet wird, wo einem Rechtsgeschäfte jegliche rechtliche Geltung abgesprochen wird.

4. Ueberflüssig sind § 72: „Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen,“ und § 73: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften,“ jedenfalls aber der zweite Theil des § 73.

[3]) Heft VII (Januar 1889) S. 487—506.

5. Darnach wäre auch von einer gesetzlichen Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung im § 74 abzusehen. Diese Unterscheidung ist überdies unrichtig. — Die Bestimmung des zweiten Absatzes, daß die Willenserklärung nur dann als nicht erfolgt gilt, wenn eine den Widerruf enthaltende Willenserklärung **vorher** oder **gleichzeitig** zur Wirksamkeit gelangt, nicht aber dann, wenn sie später zur Wirksamkeit gelangt, erregt Zweifel an ihrer Richtigkeit. Auch kann diese Bestimmung einfacher ausgedrückt werden. — Der Absatz 3 wäre dahin zu formuliren:

> „Die Wirksamkeit der Willenserklärung wird dadurch nicht berührt, daß ihr Urheber (oder derjenige, an welchen sie gerichtet war) stirbt oder geschäftsunfähig wird, bevor sie dem Betheiligten zukommt."

6. Der dem § 77 zu Grunde liegende Gedanke ist richtiger so zu fassen:

> „Zur Schließung eines Vertrags wird erfordert, daß die von dem einen Vertragschließenden an den anderen gerichtete Willenserklärung von diesem angenommen wird."

7. Abs. 1 des § 78 ist überflüssig.

8. Der Begriff des „gegenseitigen Vertrags" im § 79 sollte näher bestimmt, auch sollte eine Bestimmung darüber getroffen werden, wie lange der andere Vertragschließende gebunden sei, wenn der eine seine Gebundenheit von seiner Willkür abhängig gemacht hat, oder wie der Gebundenheit ein Ziel zu setzen sei.

9. Die Worte „ausdrücklich oder stillschweigend" im § 81 sind nach § 72 überflüssig.

10. Zu den §§ 83, 84, 86 ist gesetzlich festzustellen, ob der durch Telephon gestellte Antrag als Antrag unter Anwesenden oder unter Abwesenden zu erachten ist.

11. Verständlicher wäre es, wenn es in Abs. 2 des § 86 hieße: „daß der Antragende keine Benachrichtigung von der erfolgten Annahme erwartet."

12. Die Fassung des § 89 ist nicht korrekt.

13. Ebenso wenig die des § 91 Abs. 2.

14. Die Freiheit der schriftlichen Form, welche in § 92 Abs. 2 für telegraphische Willenserklärungen zugelassen ist, wird durch § 94 Abs. 1 für Verträge illusorisch gemacht.

15. Der zweite Satz des § 95 bleibt besser weg.

16. Wünschenswerth ist eine andere Redaktion des Abs. 2 des § 96.

17. Als Satz 1 des § 98 wird vorgeschlagen:

„Ist der Urheber einer Willenserklärung sich des Mangels der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen (oder richtiger: mit dem als gewollt Erklärten) nicht bewußt, so ist . . ."

Sachlich hat der Entwurf die Lehre vom Irrthum bei ihren alten Zweifeln gelassen.

18. Der Abs. 1 des § 99 wäre besser so zu fassen:

„Wenn dem Urheber der Willenserklärung grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, findet § 98 keine Anwendung."

19. Die Bestimmung des § 106, daß ein gegen die öffentliche Ordnung verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig sei, ist äußerst bedenklich.

20. Die Fassung des § 108 erzeugt Mißverständnisse.

21. § 109 ist völlig überflüssig.

22. Im § 115 wäre statt: „Natur des Rechtsgeschäfts" besser zu setzen: „Inhalt des Rechtsgeschäfts".

23. Im Gegensatz zum Entwurfe muß man von der Grundauffassung ausgehen, daß der Vertretene in allen Fällen der freiwilligen Vertretung das Rechtsgeschäft vornehme, d. h. daß von ihm diejenige Thätigkeit ausgehe, welche den Thatbestand des Rechtsgeschäfts herstellt.

24. Zu beanstanden ist der doppelte Sinn der „Bevollmächtigung" in § 120 Abs. 1.

25. Es ist nicht zu verstehen, weshalb der im § 123 Abs. 2 erwähnte Vertrag durch contrarius consensus nicht solle aufgehoben werden können.

26. Es ist eine unbillige Begünstigung gegenüber dem vollmachtlosen Vertreter des § 125, wenn man dem anderen Vertragschließenden den Anspruch auf Erfüllung oder den auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Wahl stellt.

27. Völlig überflüssig und rein doktrinär sind die §§ 131 und 140. Nothwendiger wäre eine Begriffsbestimmung der aufschiebenden und auflösenden Bedingung.

28. Der Absatz 2 des § 133 ließe sich weit einfacher so fassen:

„Wird . . . . eröffnet, so gilt der Gemeinschuldner als zur Sicherheitsleistung verpflichtet."

Abs. 4 ist überflüssig oder doch unzweckmäßig redigirt.

29. Für § 134 wird folgende Fassung vorgeschlagen:

„Für den Fall der Erfüllung der Bedingung haftet der bedingt Verpflichtete wegen der während des Schwebens der Bedingung vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Vereitelung oder Beeinträchtigung des bedingten Rechts ebenso, wie wenn das Rechtsgeschäft unbedingt errichtet worden wäre."

30. Der im § 138 gemeinte Gegensatz wird richtiger ausgedrückt durch: „Handlung, deren Vornahme von der Willkür des Verpflichteten abhängt" und „bloßem Wollen des Verpflichtetseins".

In dem über „die Lehre von den Zeitbestimmungen, Bedingungen und Befristungen und der Anspruchsverjährung" von Dr. Fritz Meyer[4]) in Frankfurt a. M. erstatteten Gutachten wird

1. angedeutet, daß trotz der allgemeinen Benennung des Titels „Bedingung und Befristung" dieser doch nur rechtsgeschäftliche Bedingungen und auch diese nur unter Lebenden, nicht aber bedingte Zuwendungen von Todeswegen umfaßt, welche unter theilweise völlig abweichenden Rechtsnormen an anderen Stellen behandelt sind.

2. Es wäre wünschenswerth, wenn die Lehre von der Voraussetzung im Allgemeinen Theil Aufnahme gefunden hätte.

3. Die Bestimmungen des § 133 sind überflüssig, da die Absätze 1, 2 und 4 bereits durch die C. P. O. klar ausgesprochen sind, und die unklare Bestimmung des Absatzes 3 höchstens dazu beiträgt, diese klaren Spezialbestimmungen zu verdunkeln.

4. Die von den Motiven aufgestellte Regel, daß nur, soweit der Wille der Parteien es ergebe, Sonn- und Feiertage auf die Zeitrechnung von Einfluß sein könnten, wird als durchaus unzutreffend und als mit dem wirthschaftlichen Streben unserer Zeit nach Sonntagsruhe im Widerspruch stehend bezeichnet. Mag es auch schwierig sein, eine allgemeine bürgerliche Festtagsordnung für ganz Deutschland herzustellen, so wäre doch wenigstens für den Sonntag unbedingt eine Vorschrift dahin zu schaffen, daß an ihm eine Rechtshandlung gegenüber einem Anderen ohne dessen Zustimmung nicht gefordert und nicht mit Wirksamkeit vorgenommen werden könne.

Kempf in Berlin beantragt in seinem Gutachten: „Einige Bemerkungen zu § 89 des Entwurfs"[5]) die Streichung des

[4]) Heft XI (Juni 1889) S. 933—954.

[5]) Heft IV (November 1888) S. 318—322.

§ 89: „Auf die Wirksamkeit des Vertragsantrages ist es, sofern nicht ein anderer Wille des Antragenden aus dem Antrage oder den Umständen des Falles hervorgeht, ohne Einfluß, wenn der Antragende oder derjenige, welchem der Antrag gemacht worden ist, nach Absendung des Antrages stirbt oder geschäftsunfähig wird" — indem er ausführt, daß die Bestimmung dieses Paragraphen

1. insoweit sie den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit desjenigen, an den der Antrag gerichtet ist, behandelt, in einen unlöslichen Widerspruch mit § 66 Abs. 1 und § 74 Abs. 1 geräth;

2. insoweit sie den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Antragenden nach Absendung des Antrages ins Auge faßt, wegen § 74 Abs. 3 überflüssig ist;

3. insoweit sie den Tod des Adressaten nach Absendung des Antrages betrifft, eine bedenkliche Abweichung von dem Prinzip der Empfangstheorie enthält, welche durch ein praktisches Bedürfniß nicht gerechtfertigt wird, und

4. insofern sie die zwischen den einzelnen Gebieten des geltenden Rechts bestehende Rechtsverschiedenheit bezüglich des Einflusses von Tod und Geschäftsunfähigkeit auf den Vertragsschluß unter Abwesenden ausgleichen will, zu weit geht und wegen der aus § 80 zu ziehenden Folgerungen entbehrt werden kann.

Siebenter Abschnitt.

Anspruchsverjährung. (§§ 154—185.)

§ 4.

Ueber „die Anspruchsverjährung" hat zunächst Dr. Gustav Lehmann in Dresden[6]) ein Gutachten erstattet, welches dem Entwurfe Schärfe und Klarheit des Gedankens und Ausdrucks, und den Motiven vollständige Berücksichtigung der vorhandenen Gesetzgebungen, Wissenschaft und Praxis und ebenso geistvolle als weitsichtige legislative Erwägungen nachrühmt. Im Einzelnen erhebt es folgende Beanstandungen:

1. Es sei nicht zu verstehen, warum der Entwurf in § 156 Pos. 2 die Ansprüche der Landwirthe für Lieferung von landwirthschaftlichen Erzeugnissen, insbesondere von Lebensmitteln und Brennmaterialien nur insofern der zweijährigen Verjährung unterwerfe,

---

[6]) Heft II. (Oktober 1888) S. 97—109.

als die Erzeugnisse zur Verwendung im Haushalte geliefert worden seien, während eine solche Beschränkung für die Ansprüche der Kaufleute, Fabrikanten u. s. w. (§ 156 Pos. 1) aufgegeben sei.

2. Der zweijährigen Verjährung dürften auch die Ansprüche der Künstler unterliegen.

3. Wünschenswerth wäre die einheitliche Bestimmung der kurzen Verjährungsfrist, statt der Unterscheidung von zwei- und vierjährigen Fristen, zumal die zweijährige Frist doch etwas zu kurz gegriffen sei.

4. Der kurzen Verjährung sollten nicht nur „rechtsgeschäftlich bestimmte Zinsen", sondern „Zinsen jeder Art" unterliegen.

5. Es ist ein Fehler des Entwurfs, daß er als ordentliche Verjährungsfrist die gemeinrechtliche dreißigjährige aufgenommen hat. Für die Verhältnisse der heutigen Zeit genügt eine Frist von zehn Jahren. Für außerordentliche Verhältnisse mag eine zwanzigjährige Frist normirt werden.

6. Bedenklich ist, daß die Verjährung erst durch Zustellung der Klage und des Zahlungsbefehls und nicht bereits durch deren Einbringung unterbrochen werden solle.

7. Die Bestimmung des § 166, wonach geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte und juristische Personen für gewisse Fälle eine Ausnahmestellung einnehmen, ist nicht mehr zeitgemäß, und ebenso grundlos ist die Hemmung der Verjährung der Ansprüche zwischen Vormund und Mündel, Eltern und Kinder und Ehegatten (§ 168).

8. Grundlos ist der Ausschluß des verjährten Anspruchs auf Zinsen oder andere wiederkehrende Leistungen von der Befriedigung aus dem Pfande, wenn das Gesetz (§ 183) bestimmt, daß die Verjährung eines durch Pfandrecht gesicherten Anspruchs den Berechtigten nicht hindere, seine Befriedigung aus dem Pfande zu verlangen.

9. Es ist der Satz einzufügen, daß mit der Verjährung des dinglichen Anspruchs auch gleichzeitig das dingliche Recht untergehe.

10. Es wird eine Bestimmung vermißt, wonach Ansprüche aus Pacht- und Miethverhältnissen, soweit sie Ersatz von Auslagen, Verwendungen und Schäden zum Gegenstande haben, einer kurzen Verjährung unterliegen.

„Die Unterbrechung der Verjährung" behandelt Dr. O. Horwitz [7]) in Hamburg. Er zeigt die erheblichen Mißstände,

[7]) Heft VII. (Januar 1889) S. 577—588.

welche für die Praxis mit den Bestimmungen des § 171 verbunden sind: „Die Unterbrechung mittels Klagerhebung gilt als nicht erfolgt, wenn der Berechtigte die Klage zurücknimmt, oder wenn dieselbe wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird. Wird die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen, und von dem Berechtigten binnen sechs Monaten nach der Rechtskraft des Urtheils bei dem zuständigen Gerichte neue Klage erhoben, so gilt die Verjährung als durch die erste Klagerhebung unterbrochen. Ist im Falle u. s. w.," und schlägt den Ersatz dieses Paragraphen durch folgende Vorschrift vor:

„Die Verjährung wird unterbrochen,

1. wenn der Berechtigte dem Verpflichteten durch einen Gerichtsvollzieher eine Mahnung bezüglich des Anspruchs zustellen läßt,
2. wenn der Berechtigte den Anspruch im Prozesse zur Aufrechnung bringt."

Schließlich bezweifelt er, daß für die durch § 185:

„Durch Rechtsgeschäft kann die Verjährung nicht ausgegeschlossen und nicht erschwert werden. Sie kann insbesondere nicht durch Verlängerung der Verjährungsfrist erschwert werden" bewirkte Durchbrechung des Prinzips der Vertragsfreiheit hinreichende Gründe gegeben sind.

In dem oben (§ 3) genannten Aufsatze wendet sich Fritz Meyer im Wesentlichen gegen die Konstruktion der Verjährung als einer Anspruchsverjährung. Nebenbei bemerkt er, daß die zweijährige Frist des § 156 in vielen Fällen (namentlich Nr. 12: Ansprüche Derjenigen, welche im Privatdienste stehen, wegen des Gehalts, Lohnes und anderer Dienstbezüge einschließlich der Auslagen), und auch die vierjährige für periodische Leistungen, bei welchen die Leistungsperiode mehr als ein Jahr beträgt, zu kurz ist.

Neunter und zehnter Abschnitt.

Urtheil (§§ 190—192). Beweis (§§ 193—198).

§ 5.

Der Entwurf giebt keine prinzipielle Regelung des Einflusses, den ein Rechtsstreit auf den geltend gemachten Anspruch ausübt, stellt vielmehr die Wirkungen der Klagerhebung oder des Eintritts der Rechtshängigkeit bei den einzelnen Rechtsinstituten dar, so in den

§§ 170—174, 244, 933, 945, 964, 1017, 1155, 2085, 192 Abs. 1, 740 Abs. 3, 885 Abs. 3, 938 Abs. 3, 1222, 1224, 1266 Abs. 1, 1315, 1329, 1331 Abs. 2, 1360 Abs. 2, 1379, 1407 Abs. 1, 1429 Abs. 1, 1430 Abs. 3. 1492.

In seinem Gutachten über den „Beginn des Rechtsstreits[8]) bespricht Dr. Carl Linkelmann II in Hannover die gesteigerte Haftung des Beklagten und die Unterbrechung der Verjährung und Ersitzung und gelangt zu folgenden Ergebnissen:

Während im Römischen Rechte der Einfluß des Streitbeginnes auf das eingeklagte Rechtsverhältniß durch prozeßpolitische Erwägungen bedingt war,[9]) hat der Entwurf die der heutigen Rechtsanschauung entsprechende Regel zum Ausdrucke gebracht, daß eine Veränderung des Rechtsverhältnisses aus derartigen Gründen nicht mehr gefordert wird. Die an die Klagerhebung oder an den Eintritt der Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen sind jetzt nur noch durch Gründe materiell-rechtlicher Natur bestimmt. Dieser grundsätzliche Standpunkt des Entwurfs ist unbedingt zutreffend. — Weiterhin geht der Entwurf davon aus, daß nicht der Geltendmachung durch Einrede, sondern nur der Erhebung eines Anspruchs durch Klage oder Widerklage eine materiell-rechtliche Bedeutung gebührt. Auch gegen diese Anschauung lassen sich begründete Einwendungen nicht erheben. — Ausstellungen sind dagegen zu machen: 1. wegen der Beseitigung der Prozeßzinsen. Die Zuerkennung von Prozeßzinsen rechtfertigt sich aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit; 2. mit Bezug auf die Bestimmung der Dauer der Rechtshängigkeitswirkungen für den Fall, daß der Rechtsstreit ohne sachliche Entscheidung beendigt wird. Eine erschöpfende Regelung dieses Falles erscheint aus praktischen und systematischen Gründen geboten. In dem gedachten Falle ist von dem Grundsatze auszugehen, daß die an die Klagerhebung oder den Eintritt der Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen mit rückwirkender Kraft wieder aufgelöst werden. Ausnahmen von diesem Grundsatze rechtfertigen sich nur für die §§ 402 und 938 Abs. 2 Entw., sowie für die Wirkungen der Unterbrechung der Verjährung. Zu erwägen bleibt, ob nicht die im § 171 vorgesehene

[8]) Heft I (September 1888) S. 41—52.

[9]) Dieser Gedanke war schon vor dem Erscheinen der Motive eingehender begründet von dem Verfasser des Gutachtens in seiner Abhandlung „über Rechtshängigkeit" im Magazin für das Deutsche Recht der Gegenwart von Böhlau. Bd. VII Heft 3 1887, S. 308 ff.

Frist durch eine kürzere Frist ersetzt wird; die Aufstellung einer solchen Frist mit den an ihre Versäumung sich knüpfenden Folgen ist aber beizubehalten.

Darnach werden folgende Vorschläge gemacht:

1. Die Bestimmung wegen Zuerkennung von Prozeßzinsen ist hinter dem § 243 einzuschieben.

2. Der neunte Abschnitt des Allgemeinen Theils empfängt die Ueberschrift: „Streitbeginn und Urtheil."

Vor dem § 190 ist ein besonderer Paragraph etwa mit folgendem Wortlaut einzuschieben:

> „Die an die Klagerhebung oder den Eintritt der Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen werden, insoweit nicht aus diesem Gesetze sich ein Anderes ergiebt, mit rückwirkender Kraft wieder aufgelöst, wenn der Kläger die Klage zurücknimmt oder wenn die Klage als an sich unstatthaft oder wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird.
>
> Diese Bestimmung findet in den Fällen der §§ 245, 402, 938 Abs. 3 des Gesetzes keine Anwendung.
>
> Die §§ 637, 640, 641 der R. C. Pr. O. bleiben unberührt."

3. Mit Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung wäre der jetzige erste Absatz des § 171 zu streichen, weil sein Inhalt durch obige Regel (2) gedeckt wird, und es wäre mit den Worten zu beginnen:

> „Nimmt der Berechtigte die Klage zurück oder wird die Klage als an sich unstatthaft oder wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen, so gilt die Verjährung als durch die erste Klagerhebung unterbrochen, wenn von dem Berechtigten innerhalb sechs Monaten nach der Zurücknahme oder nach der Rechtskraft des Urtheils in statthafter Weise bei dem zuständigen Gerichte neue Klage erhoben wird."

4. Der § 172 wäre zu streichen.

Angemessen erscheint endlich die Ausdehnung der Bestimmungen über die Unterbrechung der Verjährung auf die Ausschlußfristen des Entwurfs.

Der Aufsatz von Rechtsanwalt und Privatdozent Dr. Klöppel in Leipzig über „Urtheil und Beweis" [10]) weist zunächst auf die

[10]) Heft X (Mai 1889) S. 825–848.

Unzuträglichkeiten hin, die aus der Zerreißung des sogen. materiellen Prozeßrechts zwischen C. Pr. O. und B. G. B nach dem Entwurf entstehen, zumal beispielsweise bei § 231 die Motive zur C. Pr. O. für die Voraussetzungen der Klagerhebung auf das materielle Recht verweisen, während die Motive zum Entwurf meinen, die C. Pr. O. habe dazu bereits genügend Stellung genommen. Besonders wird auf die von den Motiven zum Entwurf ausdrücklich anerkannte Verschiedenheit des im § 154 aufgestellten Anspruchsbegriffs (Recht, eine Leistung zu verlangen) von dem gleichen Begriff in § 293 der C. Pr. O., welcher die Feststellungsklage mit umfasse, die nicht auf eine Leistung gerichtet sei, aufmerksam gemacht. Zur Beseitigung dieses Zwiespalts hält der Verfasser eine Aenderung des § 293 C. Pr. O. im Einführungsgesetz zum B. G. B. für angezeigt, die ohne Aenderung des Sinnes möglich sein müsse, da die Bestimmung des § 191 des Entwurfs: „Das rechtskräftige Urtheil ist maßgebend für das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien" nach den Motiven dasselbe sagen soll, wie § 293 C. Pr. O. Im Zusammenhange damit wird die auch in den Motiven nicht zu findende Klarstellung dessen gewünscht, was im Sinne des Entwurfs unter Rechtsverhältniß verstanden sein soll, womit zugleich ein sicherer Anhalt für den Begriff des Klagegrundes und der Klageänderung gegeben sein würde. — Bei dem Abschnitte über den Beweis wird der Mangel eines allgemeinen Begriffs der Anerkennung im Entwurf, entsprechend der C. Pr. O. im § 278 gerügt, nach welcher sie eine einseitige auf alle Rechte anwendbare Rechtshandlung ist, während der Entwurf die Anerkennung in den §§ 683, 684 nur als „Schuldversprechen im Sinne der Theorie des „Anerkennungsvertrags" behandle. — Im Uebrigen weist der Aufsatz darauf hin, wie an verschiedenen Stellen dieser Materie Unsicherheit in das Verständniß des Entwurfs durch willkürliche und unklare Theorien der Motive hineingetragen werden, Beispiele, welche nur den Bähr'schen Wunsch unterstützen könnten, es möge den Motiven jede autoritative Bedeutung abgesprochen werden.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt.

Schuldverhältnisse im Allgemeinen (§§ 206—341).

§ 6.

Eine Reihe von „Bemerkungen bezüglich des Rechts der Schuldverhältnisse hat A. Westrum[11]) in Celle geliefert. Darnach bietet

1. der § 125: „Der Vertreter, welcher bei Schließung des Vertrages nicht kundgegeben hat, daß er ohne Vertretungsmacht sei, ist, wenn die Genehmigung des Vertrags verweigert wird, dem andern Vertragsschließenden persönlich verhaftet. Der andere kann nach seiner Wahl Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern" — einen doppelten Anstand dar. Zunächst könne doch der ohne gültige Vollmacht Handelnde nur dann für haftbar erklärt werden, wenn er, in Bezug auf seine Vertretungsmacht, irgendwie einer Fahrlässigkeit sich schuldig gemacht und nicht auch dann, wenn er nach Lage der Umstände die thunlichste Sorgfalt angewendet habe. Sodann könne der andere Vertragsschließende höchstens das negative Interesse fordern.

2. Bezüglich des § 207: „Ist ein Schuldverhältniß auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, so steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist" — wünscht das Gutachten an Stelle der gesperrten Worte den Satz: „so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu", weil, auch wenn das „Rechtsgeschäft" einen bestimmten konkreten Willen der Vertragsschließenden nicht ergeben sollte, vielfach die Natur des Schuldverhältnisses dem Richter einen Anhaltspunkt für eine der bona fides entsprechende Entscheidung zu geben im Stande wäre.

3. Im § 218: „Ist Schadensersatz zu leisten, so umfaßt der zu ersetzende Schaden sowohl die erlittene Vermögenseinbuße als auch den entgangenen Gewinn. Als entgangener Gewinn kommt nur derjenige in Betracht, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach ge-

[11]) Heft III (Oktober 1888) S. 231—250.

troffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte" — will das Gutachten die Worte „mit Wahrscheinlichkeit" gestrichen wissen, weil die Vorschriften über die Beweiswürdigung in die Civilprozeßordnung gehörten, und in dieser für eine freie richterliche Beweiswürdigung hinreichend gesorgt sei.

4. An Stelle des § 228: „Der Schuldner ist zu Theilleistungen nicht berechtigt", wird vorgeschlagen:

> „Der Schuldner ist zu Theilleistungen im Zweifel nicht berechtigt,"

um dem Richter die Möglichkeit zu gewähren, auch auf den aus den Umständen des Einzelfalls zu entnehmenden „muthmaßlichen Willen" der Vertragsschließenden die gebührende Rücksicht zu nehmen.

5. Um eine wünschenswerthe Deutlichkeit herbeizuführen, beantragt das Gutachten, hinter den Worten des § 255 Nr. 2: „wenn der Gläubiger, damit die Leistung beginnen kann, vorher eine Handlung vorzunehmen" (hat), die Worte einzufügen:

> „oder seinerseits die Leistung abzuholen bezw. am Erfüllungsorte entgegenzunehmen" (hat).

6. Die Bestimmung des § 279: „Die Kosten der öffentlichen Hinterlegung fallen — dem Gläubiger zur Last" — soll nach Westrum nur auf den schuldvollen Gläubiger angewendet werden.

7. An Stelle des § 282 Abs. 2: „Die unter Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegebene Aufrechnungserklärung ist unwirksam" — wünscht das Gutachten:

> „Die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegebene Aufrechnungserklärung kann von dem anderen Theile abgelehnt werden."

8. Zu § 284 wird gerügt, daß dem aufrechnenden Gläubiger die Wahl unter den Forderungen zustehe, welche durch Aufrechnung erlöschen sollen, und an der Hand praktischer Beispiele verlangt, daß dem anderen Theile die Kompensation der zuerst entstandenen Forderungen zustehen müsse.

9. Zu § 290 wird die Gleichstellung des Schulderlasses und des vertragsmäßigen Anerkenntnisses der Nichtexistenz einer Schuld beanstandet und dabei betont, daß die Anerkennung im Zweifel nur als ein an sich vollwirksames, aber den Gegenbeweis zulassendes Beweismittel behandelt werden könne.

10. Nach § 315 kann ein Gläubiger, welcher zu dem zwischen seinem bisherigen Schuldner und einem Dritten geschlossenen Schuld-

übernahmevertrag die Einwilligung versagt hat, diese Einwilligung nachträglich nur ertheilen, wenn er nochmals dazu aufgefordert wird. Das Gesetz und die Motive lassen hier dunkel, ob die erneuerte Aufforderung von beiden Betheiligten, — Schuldner und Dritten — ausgehen muß oder auch von einem derselben wirksam erlassen werden kann.

11. Zur besseren Erkenntniß der Tragweite des § 319 dürfte zu bestimmen sein, daß die Haftung des Uebernehmers für die Schulden bis zum Betrage des Aktivvermögens auch dann Platz greifen solle, wenn Jemand nur das „gesammte Aktivvermögen" ohne die Schulden erwirbt.

12. Die Bestimmung des § 330: „Die dem Schuldner gegen einen Gesammtgläubiger zustehende Gegenforderung kann nicht den übrigen Gesammtgläubigern aufgerechnet werden," ist unrichtig und unbillig, ebenso die Bestimmung des § 333: „Die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person eines Gesammtgläubigers wirkt nicht gegen die übrigen Gesammtgläubiger."

Rechtsanwalt Gebhart in Zweibrücken hat „das Recht der Schuldverhältnisse verglichen mit den treffenden Bestimmungen des code civil,"[12] und lobt an diesem Theile des Entwurfs die musterhafte logische Ordnung des Stoffs und die Kürze und Präzision des Ausdrucks. Doch erhebt er einige Bedenken:

1. Entgegen dem § 210 soll der Schuldner bei alternativen Obligationen mit der Einleitung der Exekution das Wahlrecht verlieren.

2. Praktischer als das Prinzip der natürlichen Wiederherstellung bei der Schadensersatzpflicht des § 219 erscheint die französischrechtliche Regel der Geldentschädigung.

3. Es widerstreitet der öffentlichen Ordnung, daß die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit (culpa lata) dem Schuldner im Voraus erlassen werden kann (§ 225).

4. Von der Regel des § 228, wonach der Schuldner zu Theilleistungen nicht berechtigt ist, muß der Fall des Theilurtheils ausgenommen werden.

5. Es erscheint unbillig und unlogisch, den Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz im Falle theilweiser vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung von dem Nachweis der

[12]) Heft IV. (November 1888) S. 251—294.

Interesselosigkeit des nicht unmöglich gewordenen Theils der Leistung abhängig zu machen (§ 242).

6. Die Bestimmung des Art. 1254 Code civil, wonach eine auf Kapital und Zinsen geleistete Theilzahlung stets zunächst auf die Zinsen abgerechnet werden müsse, entspreche der Billigkeit mehr, als die vom Entwurf (§ 268) dem Schuldner eingeräumte Befugniß der Bestimmung, daß die Zahlung zunächst auf die Hauptschuld aufgerechnet werden solle.

7. Einfacher und praktischer als die Vorschrift des § 282 und 283, nach welcher die Aufrechnung durch eine vom Gläubiger abzugebende Willenserklärung erfolgt und vermöge einer Fiktion auf die Zeit des Gegenüberstehens beider Forderungen wirkt, erscheint die ipso jure Erlöschung beider Forderungen in letzterem Moment, wie sie Art. 1290 Code civil anordnet.

8. Wünschenswerth ist der Ausschluß der Aufrechnung gegenüber den Forderungen aus der Hinterlegung und Leihe (§ 287).

9. Die Vorschrift des Code civil (Art. 1691), daß die vertragsmäßige Uebertragung einer Forderung Dritten gegenüber erst mit einer dem Schuldner gemachten Zustellung des Cessionsakts oder mit einer vom Schuldner in einer notariellen Urkunde bethätigten Annahme der Cession wirkt, verdient entschieden den Vorzug vor der Bestimmung des Entwurfs (§ 293), wonach schon mit der Uebertragung der Gläubiger aufhört, Gläubiger zu sein, und der neue Gläubiger an dessen Stelle tritt. Durch jene Vorschrift werden auch die Schutzvorschriften der §§ 304, 305 unnöthig.

10. Es empfiehlt sich die Aufnahme einer, dem Art. 1614 Code civil entsprechenden Bestimmung dahin, daß mit dem Uebergang einer Forderung auch der Anspruch auf Zinsen, Früchte u. s. w. ohne Weiteres übergehe.

11. Bedenklich und unpraktisch ist die Neuerung des § 323, welcher dem Schuldner das Recht einräumt, an einen beliebigen Gesammtgläubiger selbst dann zu leisten, wenn bereits einer derselben die Forderung gerichtlich geltend gemacht hat.

12. Richtiger als die Bestimmung des § 332, welche die objektive Wirkung eines Erlasses für die übrigen Gesammtgläubiger oder Gesammtschuldner von dem Nachweise abhängig macht, daß „die Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses gewollt war", ist die Setzung der objektiven Wirkung als Regel und die Statuirung der Ausnahme: „falls nicht der Gläubiger die Rechte seiner Mitgläubiger

oder die Rechte gegen die anderen Mitschuldner sich ausdrücklich vorbehält."

13. An Stelle des § 339 Al. 1 soll gesetzt werden:
„Haben bei einem Schuldverhältnisse mehrere Gläubiger eine untheilbare Leistung zu fordern, so darf der Schuldner an jeden Gläubiger leisten; jeder der Gläubiger darf die Leistung begehren."

Insbesondere 1. Zweiter Titel.

Inhalt der Schuldverhältnisse. Verpflichtung zur Leistung. (§ 224—232.)

§ 7.

Mit dem Nachweis der völligen Unzulänglichkeit der desfallsigen Bestimmungen des Entwurfs und auf Grund einer Untersuchung des wirthschaftlichen Wesens des „Erfüllungsorts" und der rechtlichen Natur der einzelnen Schuldverhältnisse gelangt Reatz[13]) zu folgenden Vorschlägen:

1. § 229. „Ist der Ort, an welchem die Leistung zu bewirken ist, weder durch Gesetz oder Rechtsgeschäft noch durch die Beschaffenheit der Leistung bestimmt, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, welcher der Natur des Schuldverhältnisses entspricht.

Hierbei gelten im Allgemeinen folgende Regeln:

1. Bei denjenigen Schuldverhältnissen, welche nur einem Betheiligten ausschließlich oder vorzugsweise einen Vortheil gewähren, soll die Leistung an demjenigen Orte stattfinden, an welchem sie ohne weiteren Nachtheil für den belasteten Betheiligten geschehen kann, und zwar braucht
   a) bei Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Gläubigers der Schuldner die Leistung nur da vorzunehmen, wo er sie ohne weiteren Nachtheil vornehmen kann, und der Gläubiger muß die Leistung an diesem Orte in Empfang nehmen. Der Erfüllungsort ist beim Schuldner;
   b) bei Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Schuldners braucht der Gläubiger die Leistung nur da anzunehmen, wo er sie ohne weitere Nachtheile annehmen kann, und der Schuldner muß an diesem Orte leisten. Der Erfüllungsort ist beim Gläubiger.
2. Bei denjenigen Schuldverhältnissen, welche jedem Betheiligten

[13]) Heft VII (Januar 1889) S. 507—576.

einen Vortheil gewähren, braucht der Schuldner nur bei sich zu erfüllen, und

3. bei denjenigen Schuldverhältnissen, welche keinem Betheiligten einen Vortheil gewähren, hat der schadensersatzpflichtige Schuldner beim Gläubiger, der zur Herausgabe einer Bereicherung verpflichtete bei sich zu erfüllen."

2. § 229a. „Im Einzelnen gilt bei den Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Gläubigers:

1. Wird eine individuell bestimmte Sache geschuldet, so ist sie da zu leisten, wo sie sich zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses befand oder befinden sollte, bezw. wohin sie verbracht werden sollte oder durfte. Ihr rechtmäßiger Aufenthaltsort ist Erfüllungsort.

   Gelangt sie in der Folge ohne ein Verschulden des Schuldners, für welches er nach Charakter und Inhalt seiner Verpflichtung einzustehen hat, an einen andern Ort, so ist sie an diesem zu leisten. Ihr zufälliger Aufenthaltsort ist Erfüllungsort.

   Gelangt sie ohne ein solches Verschulden, aber nach Eintritt eines Verzugs des Schuldners an einen andern Ort, so muß sie der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers an dem Ort leisten, wo sie sich vor dem Verzug befand.

2. Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so ist sie an dem zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses begründeten Standort derjenigen Vermögensgattung des Schuldners zu leisten, welcher sie angehört, und im Zweifel, am Wohnort des Schuldners.

   Bildet sie den Gegenstand eines Vermächtnisses und ist sie in genügender Zahl und Beschaffenheit im Nachlaß vorhanden, so ist sie am Standort der hinterlassenen Vermögensgattung bezw. des größeren Theils derselben und im Zweifel am Ort der Lage der Erbschaft zu leisten. Ist sie nicht vorhanden, so kann sie der Erbe nach seiner Wahl entweder hier oder am Standort seines eigenen Vermögens leisten.

   Hat der Schuldner in der Folge jenen Standort ohne bösliche Absicht und ohne Verletzung seiner desfallsigen Anzeigepflicht gegen den Gläubiger verlegt, oder fand diese Verlegung vor Eintritt eines Verzugs statt, so ist der neue Standort Erfüllungsort."

3. § 229b. „Bei Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Schuldners gelten folgende Regeln:

1. Ist das Schuldverhältniß auf Rückgabe einer individuell bestimmten Sache gerichtet, so ist es da zu erfüllen, wo die vom Gläubiger hingegebene Sache zur Zeit seiner Entstehung ihren Standort hatte. Ist es auf Rückgabe einer nur der Gattung nach bestimmten Sache gerichtet, so ist es an dem zur Zeit seiner Entstehung begründeten Standort des aus Sachen derselben Gattung bestehenden Vermögens des Gläubigers und im Zweifel an dessen Wohnort zu erfüllen.
2. Ist das Schuldverhältniß auf eine andere Leistung als auf Rückgabe gerichtet, so ist es da zu erfüllen, wo der Gläubiger als ordentlicher Wirthschafter Sachen der geschuldeten Art zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses zu haben und aufzubewahren pflegte."

4. § 230. „Bei Schuldverhältnissen zum Vortheil beider Betheiligten hat, vorbehaltlich der Bestimmungen des § 230a, jeder Schuldner nur bei sich zu erfüllen, er hat, soweit sich aus der wirthschaftlichen Natur des Einzelfalls nichts Anderes ergiebt, die geschuldete Sache nicht dem Gläubiger zu bringen, sondern dieser hat sie beim Schuldner an ihrem Standorte abzuholen. Im Einzelnen finden für jeden Betheiligten die Bestimmungen des § 229a sachgemäße Anwendung."

5. § 230a. „Soweit sich aus der wirthschaftlichen Natur des Einzelfalls nichts Anderes ergiebt, hat der Verkäufer die verkaufte bewegliche Sache an deren Standort zu liefern (§ 229a), wogegen der Käufer den Kaufpreis dem Verkäufer bringen muß (§ 229b Nr. 2). Letzteres ist auch beim Kaufvertrag über unbewegliche Sachen der Fall.

Beim Miethvertrag über bewegliche Sachen hat, soweit sich aus der wirthschaftlichen Natur des Einzelfalls nichts Anderes ergiebt, der Miether die gemiethete Sache beim Vermiether an ihrem Standort abzuholen und wieder dahin zu bringen, und den Miethpreis beim Vermiether zu zahlen. Letzteres ist auch beim Miethvertrag über unbewegliche Sachen der Fall.

Die Zinsen des Darlehns müssen dem Gläubiger gebracht, die Zinsen des irregulären Depositums beim Schuldner abgeholt werden.

Die Versicherungsprämien müssen, falls nichts Anderes vereinbart ist, dem Versicherer oder dessen zur Empfangnahme legitimirten Agenten gebracht werden.

Der mit dem Abschluß von Rechtsgeschäften mit Dritten Beauftragte braucht nicht bloß das, was er hieraus empfangen und eingenommen hat, bei sich zu leisten, sondern kann auch die Rückzahlung seiner Auslagen und Vorschüsse, sowie die Zahlung seiner Gebühren bei sich verlangen."

6. § 230b. „In allen Fällen, in welchen der Schuldner nur bei sich zu erfüllen (der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand beim Schuldner abzuholen) hätte, kann der Gläubiger die ordnungsmäßige Zusendung des geschuldeten Gegenstandes an seinen Wohn- bezw. Geschäftssitz oder an einem beliebigen anderen Ort, jedoch nur gegen vorerstigen Ersatz der dem Schuldner daraus erwachsenden Auslagen verlangen, es sei denn,

1. daß er, ohne besondere Opfer bringen zu müssen, die Leistung am Erfüllungsorte selbst oder durch Stellvertreter entgegennehmen kann, oder
2. daß die Versendung für den Schuldner mit gleicher oder größerer Mühe verbunden ist, als die Empfangnahme der Leistung am Erfüllungsort für den Gläubiger, oder
3. daß die Umstände, unter welchen der Schuldner zur Versendung verpflichtet wäre, durch eigenes Verschulden des Gläubigers herbeigeführt wurden, oder
4. daß der Schuldner trotz eifriger Bemühungen einen geeigneten Transportanten nicht finden kann."

7. § 230c. „Ueberall, wo der Schuldner nur bei sich zu erfüllen (der Gläubiger also den geschuldeten Gegenstand bei jenem abzuholen) hat, kann der Schuldner bringen, und wo derselbe bringen müßte, kann der Gläubiger abholen, sofern dadurch die Lage des anderen Theils nicht verschlimmert wird."

8. Die §§ 230, 446 und 620 sind zu streichen.

2. Vierter Titel.

Sondernachfolge in Forderung und Schuld. (§ 293—319.)

§ 8.

Bezüglich der Uebertragung der Forderung sind zwei Gutachten erstattet; das eine von Dr. Martinius in Erfurt: „Zu §§ 293 bis 313 des Entwurfs (Uebertragung der Forderung)" [14]) und das andere von Kausen: „Die Form der Cession (Abtretung)." [15])

---

[14]) Heft I (September 1888) S. 53—72.

[15]) Heft X (Mai 1889) S. 849—857.

Martinius billigt im Wesentlichen die Bestimmungen des Entwurfs und wünscht nur folgende Aenderung:

1. Zu §§ 293, 294: „Die Abtretung von Forderungen aus Verträgen, deren Gültigkeit von der Beobachtung einer besonderen Form durch beide Vertragschließende abhängt, bedarf derselben Form."

2. Zu § 295 Abs. 2, wonach durch Rechtsgeschäft die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden kann, wünscht das Gutachten mit Rücksicht auf die gesetzliche Zulässigkeit des Gegentheils bei der Miethe und Pacht, und mit Bezug auf die §§ 516, 533, 796 und 107 Abs. 2 den Zusatz: „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt."

3. Gegen die Beschränkung der Unübertragbarkeit auf die im § 749 der C. Pr. O. genannten Forderungen erhebt das Gutachten Einspruch und wünscht eine Verallgemeinerung der Fassung, welche auch auf künftige Spezialgesetze bezogen werden könne, etwa dahin: „Sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, kann eine Forderung, die oder insoweit sie der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen ist, auch nicht übertragen werden. Ebenso ist eine Forderung, welche nicht übertragen werden kann, der Pfändung nicht unterworfen, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt."

Entsprechend wäre alsdann § 288 dahin zu fassen:

> „Die Aufrechnung findet gegen Forderungen nicht statt, insoweit sie der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind."

Im § 724 Abs. 3 könnte dann auch der Satz: „und eine Aufrechnung gegen ihn nicht statthaft" entbehrt werden, § 728 bedürfte keines Zusatzes wegen Ausschließung der Aufrechnung, und in § 1339 Abs. 3 und § 1458 Abs. 2 könnte der Satz: „und eine Aufrechnung gegen ihn ist nicht statthaft" wegfallen.

4. Zur Verhütung von Zweifeln über die Tragweite des § 297 wird folgende Fassung desselben vorgeschlagen:

> „Mit Uebertragung der Forderung gehen die mit dieser zur Zeit der Uebertragung verbundenen Vorzugsrechte auf den neuen Gläubiger über, die im Falle eines Konkurses über das Vermögen des Schuldners oder der Zwangsversteigerung eines Grundstücks zur Geltung kommenden auch alsdann, wenn der Konkurs noch nicht eröffnet und die Zwangsversteigerung noch nicht eingeleitet ist."

5. Das Gutachten vermißt im Entwurfe eine Bestimmung, wie es mit der Gewährleistung im Falle der Ueberweisung einer Forderung an Zahlungsstatt im Zwangsvollstreckungswege gehalten werden solle. Es schlägt vor:

> „Bei der Uebertragung einer Forderung an Zahlungsstatt auf gerichtliche Anordnung haftet der bisherige Gläubiger dem neuen Gläubiger in gleicher Weise" (nämlich wie im Falle des Abs. 1).

6. Die Absicht des Gesetzgebers gelangt deutlicher zum Ausdrucke, wenn § 311 folgende Fassung erhält:

> „Haben Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten den übertragbaren Theil ihres Diensteinkommens oder ihrer Pension abgetreten, so wird angenommen, daß die auszahlende Kasse erst in dem Augenblicke Kenntniß von der Uebertragung erlangt hat, in welchem sie von dem bisherigen Gläubiger durch eine ihr auszuhändigende öffentlich beglaubigte Urkunde von der Abtretung benachrichtigt worden ist."

Dabei fragt aber das Gutachten, ob dem Interesse der öffentlichen Kasse nicht auch durch die Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Urkunde durch den neuen Gläubiger gedient werde?

In dem oben genannten zweiten Gutachten beleuchtet Kausen mehrere Inkonsequenzen des Entwurfs und zeigt die praktischen Unzuträglichkeiten und Ungerechtigkeiten, zu welchen mehrere Bestimmungen desselben führen. Er macht folgenden Vorschlag:

1 „Der Abtretungsvertrag begründet für den abtretenden Gläubiger die Verpflichtung:

a) den zur Wirksamkeit des Vertrags gegenüber Dritten vorgeschriebenen Erfordernissen soviel an ihm liegt zu genügen,

b) dem neuen Gläubiger Auskunft über das Rechtsverhältniß zu ertheilen und die auf dasselbe bezüglichen Urkunden zu übergeben.

2. Der Abtretungsvertrag wird gegenüber dritten Personen (Schuldner, Pfändungsgläubiger, andere Forderungserwerber) erst wirksam, wenn dem Schuldner auf Betreiben des alten oder des neuen Gläubigers Abschrift eines schriftlichen Abtretungsvertrags oder einer schriftlichen Abtretungserklärung des alten Gläubigers durch Gerichtsvollzieherakt zugestellt worden ist."

Ueber die Schuldübernahme hat Martinius ein Gutachten[16]) erstattet, welches folgende Aenderungen vorschlägt:

1. Statt des § 315 Entw.:

„Durch einen Vertrag, welchen der bisherige Schuldner ohne Zuziehung des Gläubigers mit einem Andern schließt und worin der Letztere die Schuld jenes übernimmt, wird der bisherige Schuldner nicht befreit, der Gläubiger aber gegenüber dem Schuldübernehmer berechtigt. Auf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer finden die Vorschriften über das Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 412—416) Anwendung."

2. Zusatz zu § 315:

„Hat ein Dritter durch Vertrag mit dem bisherigen Schuldner eine Schuld desselben übernommen, so erlischt der Anspruch des Gläubigers gegen den bisherigen Schuldner, wenn er die Schuld gegen ihn nicht binnen zwei Jahren seit erlangter Kenntniß von der Schuldübernahme eingeklagt hat. Ist die Fälligkeit der Schuld von einer voraufgehenden Kündigung abhängig, so verlängert sich die Frist um die Kündigungsfrist. Ist das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft, so beginnt die Frist nach Ablauf der Zeit oder nach Eintritt des Ereignisses."

3. An Stelle des § 318:

„Im Zweifel ist der neue Schuldner aus dem Schuldübernahmevertrage dem bisherigen Schuldner gegenüber nicht verpflichtet, die sofortige Befreiung desselben zu bewirken, sondern nur statt seiner zu erfüllen."

Die Aufnahme des Abs. 2 § 318 ist nicht geboten.

3. Fünfter Titel.

Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern.

(§§ 320—341.)

§ 9.

Der Entwurf legt seiner Lehre von den Schuldverhältnissen mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern den Unterschied zwischen theilbaren und untheilbaren Leistungen zu Grunde und

---

[16]) Heft VIII (Februar 1889) Seite 603—618.

giebt für theilbare Obligationen die Regel, daß jeder der mehreren Gläubiger nur einen gleichen Theil der Leistung zu fordern berechtigt und jeder der mehreren Schuldner nur einen gleichen Theil derselben zu bewirken verpflichtet sei. Von dieser Regel kann durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eine Ausnahme dahin gemacht werden, daß jeder Gläubiger die ganze Leistung zu fordern berechtigt und jeder Schuldner die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet wird, während die Leistung nur einmal zu geschehen hat. Dieses Verhältniß nennt der Entwurf „Gesammtschuldverhältniß." Er kennt keine Unterscheidung von Solidar- und Korrealobligationen. Ein solches Gesammtschuldverhältniß nimmt er als durch Rechtsgeschäft begründet insbesondere dann an, wenn in dem letzteren die Ausdrücke, „Alle für Einen und Einer für Alle", oder „zu ungetheilter Hand", oder „sammt und sonders", oder „solidarisch", oder „korreal" gebraucht sind. Für dieses Gesammtschuldverhältniß, aktives wie passives, stellt er in den §§ 322—338 eine Reihe von Grundsätzen auf. Die Schuldverhältnisse mit untheilbaren Leistungen regelt er dahin: Der Schuldner kann nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich leisten, jeder Gläubiger ist die Leistung an alle zu fordern berechtigt. Jeder der mehreren Schuldner hat das Ganze zu leisten, und es finden auf dieses Schuldverhältniß die Vorschriften über das Gesammtschuldverhältniß Anwendung.

Gegen die ganze Lehre des Entwurfs wendet sich Reatz in seinem Gutachten über „die gemeinschaftliche Schuld,"[17]) indem er nachzuweisen versucht, daß nach den Auffassungen des Lebens die Grundidee des Entwurfs im Wesentlichen eine unrichtige ist. Er weist

1. nach, daß die an die Spitze des Titels gestellte Regel der Getheiltheit der theilbaren Schuld zur Begründung der Gesammtschuld durch Rechtsgeschäft Veranlassung zu sehr erheblichen Bedenken gibt (S. 1109 ff.).

2. Eine zweite wesentliche Abweichung von den Anforderungen des heutigen Lebens dokumentirt der Entwurf durch die Verwerfung der Zweitheilung der Gesammtschuldverhältnisse und in der gesetzlichen Normirung nur eines einzigen solchen Verhältnisses (S. 1111 ff.).

3. Er glaubt, daß die Mehrheits-Schuldverhältnisse folgende Gebilde in sich begreifen:

a) das theilbare Schuldverhältniß,

[17]) Heft XIII (Oktober 1889) S. 1095—1182.

b) das untheilbare Schuldverhältniß,

c) das gemeinschaftliche Schuldverhältniß und

d) das Gesammtschuldverhältniß (S. 1101 ff.).

Seine Untersuchungen gelten zunächst der passiven Seite des gemeinschaftlichen Schuldverhältnisses, der gemeinschaftlichen Schuld, und diese erörtert er auf Grund ihrer wirthschaftlichen Natur, und zwar sowohl auf Grund ihrer allgemeinen wirthschaftlichen Elemente, wie auf Grund ihrer wirthschaftlichen Natur bei den einzelnen Schuldverhältnissen. Er beantragt hiernach:

4. den Abs. 2 des § 321 zu streichen (S. 1161),

5. desgleichen den Abs. 2 des § 334 (S. 1105),

6. den (später genauer zu formulirenden) Gedanken einzuführen, daß ein von mehreren Personen als Schuldnern gemeinschaftlich geschlossenes Rechtsgeschäft im Zweifel eine gemeinschaftliche Schuld erzeuge (S. 1161),

7. dem 2. und 3. Satz des § 329 den Zusatz zu geben:

„Ist in den Fällen des § 265 die Ausklagung des Mitschuldners, der an Erfüllungsstatt geleistet hat, erfolglos, (§ 674 Abs. 2), so haften die Mitschuldner bis zum Belauf ihrer Bereicherung" (S. 1163).

8. § 330 bedarf einer Ergänzung dahin: „daß mit gemeinschaftlichen Forderungen der gemeinschaftlichen Schuldner, und daß mit jeder Forderung eines andern Mitschuldners mit dessen Einwilligung kompensirt werden könne" (S. 1166).

9. Sehr zu erwägen bleibt, ob nicht § 332 der Aufnahme einer Bestimmung bedarf, welche die Zulässigkeit eines persönlichen Erlasses der Schuld eines Mitschuldners nach den Anforderungen des Interesses der Schuldner an der Gemeinschaftlichkeit der gemeinschaftlich übernommenen Leistung zur Zeit des Vertragsabschlusses und nach den Anforderungen von Treu und Glauben beschränkt (S. 1168), und ob nicht behufs Ermittelung des Umfangs des Erlaßwillens der Richter mit gewissen Anhaltspunkten und Vermuthungen zu unterstützen sei (S. 1169—1172).

10. Einer nochmaligen Prüfung ist die äußerst wichtige und ins Rechtsleben tief einschneidende Frage zu unterziehen, ob und unter welchen Voraussetzungen dem vom Gläubiger angegangenen Mitschuldner die Einrede der Vorausklage zu geben sei (S. 1172 ff.).

11. Es empfiehlt sich, die §§ 322 Abs. 1, 325, 326 Abs. 2, 327, 333, 334, 335 und 336, soweit sie die gemeinschaftliche Schuld

betreffen, zu konzentriren, und darum zu bestimmen: § 322. „Von der besonderen Beschaffenheit der Einzelverpflichtung zur Zeit ihrer Entstehung (insbesondere Ungültigkeit oder Unwirksamkeit, Bedingtheit, Zeit oder sonstige Nebenbestimmung), und von einer nachträglichen Einwirkung auf dieselbe durch rechtsgeschäftliche Handlungen des Gläubigers oder eines Schuldners oder Beider (insbesondere Kündigung, Mahnung, Unterbrechung der Verjährung, Urtheil, Vergleich oder Erlaß) oder durch rechtswidrige Handlungen eines Mitschuldners (insbesondere Verzug oder Verschulden) oder durch zufällige oder sonstige Ereignisse (insbesondere persönliche Leistungsunmöglichkeit, Verjährung, Hemmung der Verjährung, Wegfall einer Einzelverpflichtung in Folge Todes eines Mitschuldners oder Vereinigung) werden die Verpflichtungen der übrigen Mitschuldner, sofern durch Gesetz oder Rechtsgeschäft nichts Anderes bestimmt ist, nicht berührt" (S. 1180).

12. An Stelle des § 338 ist zu setzen:

„Haften Mehrere als gemeinschaftliche Schuldner für Schadensersatz aus einer widerrechtlichen Handlung, so wird der Schuldantheil jedes Einzelnen nach dem Grade seines Verschuldens und seinem Antheil an der Entstehung des Schadens durch richterliches Ermessen bestimmt" (S. 1182).

Zweiter Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden.

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften. (§§ 342—436.)

§ 10.

Ueber „Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden" hat Dr. Max Hachenburg in Mannheim ein Gutachten [18]) erstattet, in welchem er zu folgenden Vorschlägen gelangt:

1. Im § 344 Entwurf: „Ist ein Vertrag auf eine Leistung gerichtet, welche unmöglich oder durch Gesetz verboten ist oder welche gegen die guten Sitten verstößt, so ist derselbe nichtig" — sind die Worte: „oder durch Gesetz — verstößt", als durch § 105: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist, ist nichtig, sofern nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt," und § 106: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig," — unnöthig zu streichen.

[18]) Heft II (Oktober 1888) S. 110—158.

Ebenso ist § 347: „Auf einen Vertrag, dessen Schließung durch Gesetz verboten oder welcher auf eine durch Gesetz verbotene Leistung gerichtet ist, finden die Vorschriften der §§ 345, 346 entsprechende Anwendung" — zu streichen, weil diese Bestimmung insofern eine Quelle von Streitigkeiten zu werden droht, als sittenwidrige Verträge ausgeschlossen sind, und manchen Rechtsverboten Sittenverbote zu Grunde liegen und jedes Rechtsgebot einen Theil der guten Sitten enthält.

Schließlich ist § 105 weiter zu fassen:

„Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, sofern sich nicht aus dem Gesetze ein Anderes ergiebt."

2. Das Gutachten beantragt die Streichung des § 351: „Der Vertrag, durch welchen Jemand sich zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke verpflichtet, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form" — weil damit das vom Entwurf angenommene Prinzip der Formfreiheit ohne zwingenden Grund durchlöchert würde, und jenes Gebot durch den Zusatz des § 351: „Der ohne Beobachtung der gerichtlichen oder notariellen Form geschlossene Vertrag erlangt durch die Auflassung und die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch nach seinem ganzen Inhalte Gültigkeit" — meistentheils illusorisch würde. Hinreichenden Schutz gegen Mißbrauch der Unerfahrenheit, des Leichtsinns, der Trunkenheit u. s. w. gewähre § 106, indem derselbe einen unter Ausnutzung einer schutzbedürftigen Lage geschlossenen Vertrag als „gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung" verstoßend, für nichtig zu erklären gestatte.

3. An Stelle des § 369 Abs. 2 wird beantragt:

„Ist der Schuldner im Verzuge, so hat der Gläubiger die Wahl, die Leistung mit Schadensersatz wegen Verspätung der Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, oder vom Vertrage zurückzutreten. So lange der Gläubiger nicht gewählt hat, kann der Schuldner noch erfüllen. Auf seinen Antrag ist, wenn nicht der Gläubiger durch den Verzug kein Interesse mehr an der Leistung hat, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Nachholung zu geben".

4. Dem § 368 wären § 463 Abs. 2 und § 465 in entsprechend modifizirtem Wortlaute beizufügen. (Die beiden Letzteren enthalten keine Ausnahmebestimmungen für den Kauf.)

5. Der § 363 wäre, theils als unnöthig, theils wegen zu besorgender Unklarheit der Praxis, zu streichen.

6. Das System der §§ 370 ff. für die Gewährleistung entspricht dem Sachenrechte nicht. Es ist

a) für Immobilien nur da die Entwehrung möglich, wo die Schuld auf Seiten des Erwerbers liegt, dieser das seinem Rechtserwerb entgegenstehende Recht kannte. Bei Mobilien gilt dasselbe, nur daß hier auch die grobe Fahrlässigkeit des Erwerbers den Erwerb ausschließt. Während für diese Fälle der § 374 dem Erwerber zuviel Recht giebt, erhält er für den Fall, daß die Mobilie gestohlen oder verloren ist, zu wenig. Hier sollte ihm sofort die Gewährleistungsklage zustehen, sobald er den Mangel seines Rechts erfährt.

b) Die Belastung des veräußerten Rechts ist nicht der völligen Entwehrung, sondern den heimlichen Mängeln einer Sache gleichzustellen.

c) Hypotheken und dergleichen Rechte, die den Rechtserwerb zur Zeit nicht hindern, nur dessen Verlust später möglich erscheinen lassen, sind nach der in §§ 371 ff. enthaltenen Eviktionslehre zu behandeln.

7. Bei der Haftung für heimliche Mängel:

a) Die Wirkung der Rechtsmittel ist zu erweitern. Handelt es sich bei der zu restituirenden Gegenleistung nicht um eine körperliche Sache oder ein Recht, sondern um eine Leistung vorübergehender Art, so tritt der Geldwerth an ihre Stelle.

b) In § 385 wären die Worte von „einer zugesicherten — oder" zu streichen. Die Angabe bestimmter Eigenschaften ist im Zweifel, nur ihre Relevanzerklärung für den Vertragswillen, keine Garantie.

c) Auch bei schuldhafter fahrlässiger Veräußerung einer fehlerhaften Sache haftet der Veräußerer auf Schadensersatz.

d) In § 395 empfiehlt sich hinter „Zwangsvollstreckung" einzuschalten: „oder in Ausübung eines Faustpfand- oder verwandten Rechtes".

e) In § 397 wäre die Konstruktion als Legalfrist der der Anspruchsverjährung vorzuziehen.

f) Beim Handel mit Hausthieren ist das vom Entwurf gewählte deutschrechtliche System anzunehmen. Es sollte jedoch zu § 402 bestimmt werden: „der Gegenbeweis gegen die gesetzliche Vermuthung ist durch den Nachweis der besonderen Thatumstände, aus denen die Krankheit entstand, zu führen." Zu § 400 wäre eine Bestimmung

darüber, wie es, wenn die bundesräthliche Verordnung geändert wird, mit den schwebenden Fristen 2c. zu halten, ist erwünscht.

Der § 410 bedürfte des Zusatzes „im Zweifel", der § 404 Abs. 2 ist zu ändern. Das Thier ist auf den Werth zu schätzen, den es in seiner nunmehrigen Beschaffenheit, aber ohne die vom Erwerber vorgenommene Aenderung hat. Das einfache Verschweigen des Mangels, das keinen Betrug involvirt, soll zwar Grund zur Forderung des Schadensersatzes sein, jedoch soll dieser Anspruch nicht erst in 30 Jahren verjähren.

8. Der § 459 wäre einfacher dahin zu fassen: „der Verkäufer hat dem Käufer das verkaufte Recht zu verschaffen und ihn zur Ausübung desselben thatsächlich in Stand zu setzen."

Es empfiehlt sich eine Regelung des Eigenthumsvorbehaltes beim Kaufe, wonach dieser für zulässig zu erklären ist. Der bereits bezahlte Preis muß restituirt werden, soweit er nicht für Abnützung und entgangenen Gewinn aufgerechnet wird.

9. Beim Werkvertrage ist der Gegensatz zum Auftrage stärker zu betonen. Bezüglich der Mängel der bearbeiteten Sache wäre dem Besteller auch das Recht zu geben, dieselben auf Kosten des Uebernehmers im Falle von dessen Verzug beseitigen zu lassen. § 569 Abs. 3 lautete besser: „Im Falle das Werk ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig hergestellt wird, hat der Besteller das Recht des Rücktritts." Bei § 575 wäre hinter „erworben hat" einzufügen: „oder böswillig zu machen unterlassen hat."

10. Es ist wünschenswerth, dem Mäkler, auch wenn das Geschäft nicht zu Stande kommt, einen Anspruch auf Ersatz seiner baaren Auslagen zu geben.

11. Der Fall der befristeten Bürgschaft bedarf der Regelung. Es muß zur Wahrung der Frist dem Bürgen gegenüber genügen, wenn der Hauptschuldner betrieben und dem Bürgen der Streit verkündet ist.

In seinem, schon oben (§ 8) erwähnten Gutachten: „Versprechen der Leistung an einen Dritten und Schuldübernahme"[19]) gelangt **Martinius** zu dem Resultate, daß der Entwurf im Prinzipe auf richtigen Gedanken beruht und auf eine gesunde Fortentwickelung des Rechts in den durch praktische Bedürfnisse nahe gelegten Bahnen hinzuwirken bestrebt ist. Seine auf das Versprechen

[19]) Heft VIII (Februar 1889) S. 589—603.

der Leistung an einen Dritten bezüglichen Abänderungsvorschläge gehen dahin:

1. Die Schlußklausel des § 412 Abs. 1: „sofern aus dem Inhalte des Vertrages sich ergiebt, daß diese Berechtigung des Dritten gewollt ist," zu streichen.

2. Desgleichen die §§ 413 und 414, und an deren Stelle zu setzen:

„Ist die Leistung an den Dritten bedingt oder betagt versprochen, so können die Vertragschließenden vor Eintritt der Bedingung oder Ablauf der Frist das Versprechen der Leistung an den Dritten abändern oder aufheben.

Ist die Leistung unbedingt und unbetagt versprochen, oder die ursprünglich gesetzte Bedingung eingetreten bezw. die gesetzte Frist abgelaufen, oder ist der Dritte dem Vertrage mit Zustimmung der Vertragschließenden beigetreten, oder hat er unter Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die ihm durch den Empfänger des Versprechens gemachte Mittheilung, dem Versprechenden erklärt, daß er die Leistung annehmen wolle, so können die Vertragschließenden das Versprechen der Leistung an den Dritten ohne dessen Zustimmung nur dann abändern oder aufheben, wenn sie sich diese Befugniß vorbehalten haben. Der Vorbehalt gilt im Zweifel nicht zu Gunsten der Erben desjenigen, der das Versprechen der Leistung empfangen hat.

Der Vertragschließende, welcher das Versprechen der Leistung empfangen hat, kann einseitig unter den gedachten Voraussetzungen die Leistung an den Dritten widerrufen und fordern, daß an ihn geleistet oder Ersatz gewährt werde, wenn er sich dieses Recht vorbehalten hat oder nach dem Inhalte des Vertrags er allein daran interessirt ist, daß die Leistung an den Dritten geschehe."

3. Bezüglich der Form anzuordnen:
„Versprechen der Leistung an einen Dritten bedürfen der Form, welche für den Fall vorgeschrieben ist, daß die Leistung dem andern Vertragschließenden selbst versprochen wird." (S. 598.)

4. Zusatz:
„Wird in einem Vertrage von einem Vertragschließenden eine Leistung an einen Dritten versprochen, der noch nicht

geboren ist, so wird der Dritte mit seiner Geburt berechtigt, von dem Versprechenden die Leistung zu fordern, falls er innerhalb der nächsten dreißig Jahre seit dem Vertragsschlusse geboren wird."

5. Im § 415 zu sagen:

„Weist der Dritte die Leistung zurück, so bestimmt sich nach dem Inhalte und der Natur des Vertrages, ob die Leistungspflicht erlischt, oder statt an den Dritten nunmehr an den Vertragschließenden, welcher das Versprechen empfangen hat, die Leistung zu bewirken oder Werthsersatz zu gewähren ist. Ist die Leistung an den Dritten als Entgelt für eine Leistung desjenigen, der das Versprechen empfangen hat, zugesagt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Leistung nunmehr an ihn erfolgen oder ihm Werthsersatz gewährt werden soll."

Zweiter Titel.

Schenkung. (§§ 437—452.)

§ 11.

In einer Kritik der Bestimmungen des Entwurfs über die „Schenkung" erörtert Reatz[20]) das Wesen dieses Instituts nach seiner rechtlichen, ethischen und volkswirthschaftlichen Seite im heutigen Rechtsleben des deutschen Volks, und macht folgende Abänderungsvorschläge:

1. § 437. „Schenkung ist ein Gefälligkeitsvertrag, wodurch Jemand (der Schenker), ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein, unentgeltlich und mit Benachtheiligung seines Vermögens einem Andern (dem Beschenkten) ein wirthschaftliches Gut zuwendet."

2. § 438. „Wird ein Schenkungsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist gemacht, so ist der Antragende so lange an ihn gebunden, bis der Bedachte die Schenkung dem Antragenden gegenüber ablehnt. Doch kann der Antragende nachträglich dem Bedachten eine angemessene Frist zur Erklärung vorbestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Schenkung als abgelehnt gilt. Im Falle der Ablehnung kann der Antragende vom Bedachten die Rückgabe des Geleisteten nach Maßgabe der §§ 742 bis 744 fordern."

3. § 439. „Die Schenkung des ganzen gegenwärtigen oder zukünftigen Vermögens oder einzelner Vermögensgegenstände ist in so-

[20]) Heft III (Oktober 1888) S. 163—230.

weit, als dadurch der standesgemäße Lebensunterhalt des Schenkers und die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinem Ehegatten (§§ 1280, 1281, 1454, 1460) und seinen Verwandten (§§ 1480—1496, 1571—1578) beeinträchtigt wird, ungültig.

In soweit der Beschenkte zur Herausgabe des Geschenkten außer Stande ist, hat er dessen Werth zu ersetzen. Befand er sich in einer, nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß von der im ersten Absatze erwähnten Beeinträchtigung, so haftet er nur bis zum Belauf seiner Bereicherung zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit des Anspruchs, und falls er von jener Beeinträchtigung in der Zeit zwischen Schenkung und Rechtshängigkeit Kenntniß erhielt, bis zum Belauf seiner Bereicherung zur Zeit dieser Kenntnißnahme."

4. § 439a. „Treten erst nach Abschluß der Schenkung Umstände ein, welche eine Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts des Schenkers oder der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinem Ehegatten oder seinen Verwandten bewirken, so kann der Schenker während der Dauer seiner Nothlage vom Beschenkten einen durch richterliches Ermessen zu bestimmenden Unterhaltsbeitrag verlangen. Für das richterliche Ermessen sind namentlich maßgebend die Größe und muthmaßliche Dauer des Nothstandes des Schenkers, die Höhe des geschenkten und noch vorhandenen Werthes und die mit der Unterstützung für die wirthschaftliche Existenz des Beschenkten verbundenen Folgen.

Der gesammte Beitrag des Beschenkten kann drei Viertheile des noch vorhandenen Werths der Schenkung nicht übersteigen.

Hat der Schenker seine Nothlage absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verursacht, so ist der Beschenkte nicht beitragspflichtig."

5. § 440. „Die große Schenkung bedarf, falls der Beschenkte weiß, daß sie eine große ist, oder falls seine Unkenntniß auf grober Fahrlässigkeit beruht, zu ihrer Gültigkeit der in gerichtlicher oder notarieller Form erklärten Schenkungsabsicht des Schenkers.

Die Schenkung ist in soweit eine große, als sie den Werthbetrag, den der Schenker als sorgfältiger Wirthschafter ohne eigentliche Schädigung seines Vermögens und innerhalb der durch die Anforderungen der Sitte, seiner Lebensstellung und des Zwecks der Gabe gezogenen Grenzen schenken kann, wesentlich übersteigt.

Ueber das Vorhandensein einer großen Schenkung entscheidet das freie richterliche Ermessen."

6. Die §§ 441 und 446 sind zu streichen.

7. § 449. „Die Schenkung kann wegen groben Undanks widerrufen werden.

Grober Undank ist die Verübung vorsätzlicher, gegen den Schenker oder dessen Ehegatten, Eltern oder Kinder gerichteter, im Strafgesetzbuch mit Strafe bedrohter, vollendeter oder versuchter Verbrechen oder Vergehen des Beschenkten. Ist nach dem durch die Umstände des Einzelfalls, insbesondere durch die Gesinnung des Schenkers, den Werth des Geschenks und der Größe des hiernach geschuldeten Danks, durch den Erfolg des Vergehens, die Gesinnung und den Gemüthszustand des Beschenkten und das Benehmen des Schenkers zu bestimmenden richterlichen Ermessen das Vergehen keine sehr erhebliche sittliche Verfehlung des Beschenkten, so liegt grober Undank nicht vor.

Der Widerruf hat, soweit dies thunlich ist, durch eine dem Beschenkten gegenüber abzugebende Willenserklärung zu geschehen."

Fünfter Titel.

Miethe und Pacht. (§§ 503—548).

§ 12.

Der Entwurf giebt im § 521 dem Vermiether eines Grundstücks wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethers, d. h. an den Sachen, welche diesem eigenthümlich gehören. Cohn in Görlitz sucht in seinem Gutachten über „das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers"[21]) den Nachweis zu führen, daß die Bedürfnisse des heutigen Verkehrs dieses Pfandrecht als unzureichend erscheinen lassen, und dahin drängen, dasselbe auch auf die vom Miether eingebrachten, ihm nicht eigenthümlich gehörenden Sachen, jedoch mit einigen Beschränkungen, auszudehnen. Er schlägt daher folgende Fassung für die beiden ersten Sätze des § 521 vor:

> „Der Vermiether eines Grundstücks hat ein gesetzliches Pfandrecht an den von dem Miether eingebrachten Sachen. Das Pfandrecht besteht nicht in Ansehung derjenigen Sachen, welche aus dem Gewahrsam des rechtmäßigen Inhabers derselben ohne oder wider dessen Willen ausgeschieden, oder von denen der Vermiether bei Eingehung des Miethvertrages weiß, daß sie nicht Eigenthum des Miethers sind."

Das Resultat einer eingehenden Untersuchung über „Miethe und Pacht" von Boyens[22]) in Stettin ist, daß die Vorschriften

[21]) Heft II. (Oktober 1888) S. 159—162.

[22]) Heft IX. (März 1889) S. 693—746.

des Entwurfs in vielen Beziehungen volle Anerkennung verdienen, daß auch eine Aenderung des Eintragungssystems des Entwurfs als einer Grundlage seines Sachenrechts im Interesse des Mieth- und Pachtvertrags nicht nothwendig ist, daß aber im Uebrigen dieser Vertrag in wesentlichen Beziehungen auf anderer Grundlage aufzubauen ist, als im Entwurf geschehen. Boyens macht (S. 139 ff.) folgende Vorschläge:

I. Miethe.

§§ 503 bis 508 wie im Entwurf.

§ 508a. „Wird in einem Miethsvertrag über ein Grundstück die Miethszeit bestimmt, so bedarf derselbe der schriftlichen Form, soweit seine Dauer sich über ein Jahr erstrecken soll."

§ 508b. „Eine Eintragung der Rechte aus einem Miethsvertrage über ein Grundstück in das Grundbuch kann von dem Miether beansprucht werden, wenn der Vermiether sich zur Bewirkung derselben schriftlich verpflichtet hat.

Die Vorschriften des dritten Abschnitts des dritten Buchs finden in diesem Fall entsprechende Anwendung."

§ 509. „Ist im Fall der Vermiethung eines Grundstückes nach Ueberlassung desselben an den Miether oder nach Eintragung des Miethsrechts das Eigenthum an dem Grundstück von dem Vermiether an einen Dritten übertragen, oder das Grundstück zum Zweck der Theilung oder Auseinandersetzung zwangsweise versteigert, so tritt der neue Erwerber in alle Verbindlichkeiten des Vermiethers aus dem Miethsvertrage einschließlich der Verbindlichkeit zur Gewährung von Nebenleistungen, welche der Vermiether vertragsmäßig für den Miethszins mit übernommen hat, gegenüber dem Miether ein. Die Haftung des Vermiethers bleibt daneben bestehen. Jedoch wird derselbe, wenn der Miethsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, nach Ablauf einer Kündigungsfrist seit dem Eintritt des neuen Erwerbers, für die Zukunft von dieser Haftung frei.

Der neue Erwerber tritt in alle Rechte des Vermiethers gegenüber dem Miether von dem Zeitpunkt des Eigenthumsübergangs an ein, falls der Veräußerungsvertrag nicht einen anderen Zeitpunkt bestimmt. Zahlungen, Abtretungen, Verpfändungen und Pfändungen von Miethszinsen, welche vor Kenntniß des Eigenthumsübergangs seitens des Miethers erfolgt sind, sowie Aufrechnung derselben mit Gegenforderungen an den Vermiether, welche vor diesem Zeitpunkt entstanden sind, sind dem neuen Erwerber gegenüber nur für die

Zeit bis zum Schluß des ersten vollen Kalendervierteljahres, welches auf den Zeitpunkt der Kenntniß des Miethers von dem Eigenthumsübergang folgt, wirksam, falls nicht der neue Erwerber sich dem Vermiether oder Miether gegenüber zur Anerkennung dieser Rechtshandlungen verpflichtet hat. Im Uebrigen kommen die bei Abtretung von Forderungen geltenden Regeln zur Anwendung."

§ 510. „Im Fall der auf Antrag von Gläubigern erfolgenden Zwangsversteigerung eines Grundstücks gehen die Rechte und Pflichten aus einem eingetragenen Miethsvertrage auf den Ersteher in der im § 509 bestimmten Weise über, falls ihm das Grundstück unter der Bedingung der Uebernahme desselben zugeschlagen ist.

Diese Bedingung ist stets zu stellen, wenn der Anspruch des betreibenden Gläubigers dem eingetragenen Miethsrecht nachsteht.

Geht dagegen der Anspruch des betreibenden Gläubigers dem eingetragenen Miethsrecht vor, so ist das Grundstück mit und ohne Uebernahme der Rechte und Pflichten aus dem Miethsvertrage auszubieten und nur dann für ein mit Uebernahme desselben abgegebenes Gebot der Zuschlag zu ertheilen, wenn der betreibende Gläubiger dadurch gedeckt wird."

§ 511. „Nach Einleitung der im § 510 gedachten Zwangsversteigerung eines Grundstücks steht dem betreibenden Gläubiger das Recht zu, die in § 509 bezeichneten Miethsverträge mit der gesetzlichen Frist zu kündigen, soweit dieselben nicht nach § 510 von dem Ersteher zu übernehmen sind.

Ist dies nicht geschehen, so hat der Ersteher das Recht, diese Miethsverträge in den ersten drei Monaten nach dem Zuschlag mit der gesetzlichen Frist zu kündigen.

Unterläßt er diese Kündigung, so gehen die Rechte und Pflichten aus den Miethsverträgen auf ihn in vollem Umfang in der im § 509 bestimmten Weise über.

Ist dagegen von dem betreibenden Gläubiger oder dem Ersteher rechtzeitig gekündigt, so tritt der Letztere nur in die von dem Zuschlag bis zum Ablauf der Kündigungsfrist laufenden Rechte und Verbindlichkeiten des Vermiethers in der im § 509 bestimmten Weise ein."

§ 512. „Die freiwillige Veräußerung des Grundstücks durch den Konkursverwalter im Konkurse des Vermiethers läßt eingetragene Miethsverträge unberührt. Auf dieselben findet auch in diesem Fall die Bestimmung des § 509 Anwendung.

In Betreff der nicht eingetragenen Miethsverträge bleibt es dagegen bei der Vorschrift des § 17 Nr. 2 der Reichskonkursordnung."

§ 512a. „Die Vorschriften des § 509 finden entsprechende Anwendung, wenn von dem Vermiether an einen Dritten zwar nicht das Eigenthum, aber ein dingliches Nutzungsrecht an dem Grundstück, mit welchem der Fruchtgenuß (§ 792) verbunden ist, übertragen wird.

Werden von dem Vermiether auf einen Dritten andere dingliche Nutzungsrechte an dem Grundstück nach Ueberlassung desselben an den Miether oder nach Eintragung des Miethsrechts übertragen, so ist der Dritte verpflichtet, die Ausübung des Miethsrechts durch den Miether, sowie die Vornahme derjenigen Handlungen, welche gegenüber dem Miether dem Vermiether obliegen, bis zum Ablauf der Miethszeit zu dulden."

§ 513 wie im Entwurf.

§ 514. „Ist der Vermiether mit der ihm obliegenden Vornahme einer Ausbesserung oder Einrichtung im Verzuge, so kann der Miether diese bewirken und den Ersatz der dazu erforderlich gewesenen Kosten von dem Vermiether verlangen.

Im Uebrigen bestimmen sich die Ansprüche des Miethers auf Ersatz von Verwendungen nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Miether hat außerdem das Recht, unbeschadet der Vorschrift des § 520, die durch eine Verwendung entstandene Einrichtung wegzunehmen.

§ 515 wie im Entwurf.

§ 516. „Dem Miether steht in Ermangelung einer anderweitigen Vereinbarung nicht das Recht zu, ohne Genehmigung des Vermiethers einem Andern den vertragsmäßigen Gebrauch der gemietheten Sachen, insbesondere durch weiteres Vermiethen (Untermiethe) zu überlassen.

Bei der Vermiethung von Grundstücken kann der Miether jedoch, wenn er durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder in den Umständen außer Stand gesetzt wird, von dem Miethsrecht ferner Gebrauch zu machen, von dem Vermiether die Einwilligung zur Uebertragung seiner Rechte an geeignete Untermiether ohne Aenderung der Art des Gebrauchs beanspruchen. Er ist verpflichtet, dem Vermiether seine Ansprüche gegen die Untermiether im Fall der Ertheilung der Einwilligung abzutreten.

Verweigert der Vermiether seine Einwilligung, so muß die weitere Vermiethung unterbleiben, es ist der Miether aber in diesem Fall berechtigt, den Miethsvertrag sofort mit der gesetzlichen Frist zu kündigen."

§§ 517 bis 519 wie im Entwurf.

§ 519a. „Der Miether ist verpflichtet, die vermiethete Sache mit der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters zu behandeln und der Vermiether ist berechtigt, gegen den Miether schon während der Dauer der Miethszeit wegen Vernachlässigung dieser Pflicht Ansprüche auf Herstellung oder Schadensersatz zu erheben, auch, wenn durch das Verhalten des Miethers die Besorgniß einer solchen Vernachlässigung für die Zukunft begründet wird, Sicherheitsleistung zu verlangen."

§ 520 wie im Entwurf.

§ 521. Abs. 1. „Der Vermiether eines Grundstücks hat wegen seiner Forderungen aus dem Miethsvertrage ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethers sowie der Ehefrau und der Kinder des Miethers, wenn sie mit demselben die häusliche Gemeinschaft theilen. Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf eingebrachte Sachen eines Dritten, soweit dieselben zur Einrichtung der gemietheten Wohnung dienen, wenn der Miether vor oder bei der Einrichtung dieselben dem Vermiether oder seinem Vertreter gegenüber als die seinigen ausgegeben hat, und der Vermiether oder dessen Vertreter das Recht des Dritten nicht kannte, seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Die Vorschriften der §§ 877, Satz 2 und 879, 880 finden dabei entsprechende Anwendung. — Das Pfandrecht erlischt mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück, auf welches das Miethsverhältniß sich bezieht, es sei denn, daß die Entfernung heimlich oder gegen den Widerspruch des Vermiethers erfolgt ist."

Abs. 2 wie im Entwurf, nur ist am Schlusse hinzuzufügen: „Jedoch darf der Vermiether sein Recht nur so weit ausüben, als zur Deckung seiner Forderung nöthig und muß sich zunächst an die dem Miether entbehrlicheren Sachen halten. In Ansehung derjenigen Sachen, welche der Pfändung nicht unterworfen sind, steht dem Vermiether das Verkaufsrecht (§ 1165) erst nach Ablauf einer Frist von drei Monaten, seitdem er dieselben in seine Innhabung genommen, zu."

Abs. 3 ist zu streichen.

Abs. 4 wie im Entwurf.

Abs. 5 desgleichen.

Abs. 6. „Es steht ferner einem anderen Gläubiger, für den eine dem Pfandrecht des Vermiethers unterliegende Sache gepfändet ist, das Recht zu, dem Vermiether, welcher wegen künftig fälliger Miethe sein Pfandrecht an dem Erlös geltend macht, den Miethe-

vertrag an Stelle des Miethers mit der gesetzlichen Frist zu kündigen, dergestalt, daß derselbe für den nach Ablauf dieser Frist verbleibenden Rest der vertragsmäßigen Miethszeit nur einen Entschädigungsanspruch wegen vorzeitiger Beendigung der Miethszeit und wegen derselben sein Pfandrecht an dem Erlöse behält."

§ 522 wie im Entwurf.

§ 523 wie im Entwurf, jedoch mit folgendem Zusatz:

„Eine entgegenstehende Vereinbarung ist unwirksam."

§§ 524—527 wie im Entwurf.

§ 528 wie im Entwurf, jedoch ist hinzuzufügen:

„3. wenn ein Hauptbau nothwendig wird, welcher sich zu einem wesentlichen Theil auf die vermietheten Räume erstrecken würde. Dem Miether steht in diesem Fall ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen den Vermiether zu, wenn der Grund, welcher den Hauptbau nothwendig macht, schon zur Zeit der Schließung des Vertrages vorhanden war oder später durch einen von ihm zu vertretenden Umstand eingetreten ist."

§ 529. Abs. 1. Satz 1 wie im Entwurf. Statt Satz 2 und 3: „Jedoch muß der Miether, welcher dies Rücktrittsrecht auszuüben beabsichtigt, vorher unter Angabe des Grundes davon Anzeige machen. Das Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Abhülfe nach dieser Anzeige ohne Verzug (§ 246) bewirkt wird. Rechtfertigt jedoch ein besonderes Interesse des Miethers den sofortigen Rücktritt, so ist derselbe zulässig, wenn die Abhülfe nicht sofort nach der Anzeige erfolgt."

Abs. 2 wie im Entwurf, mit Abs. 3. „Durch die vorstehenden Vorschriften bleibt die Anwendung des § 361 auf den Miethsvertrag unberührt. Ebenso bleibt das Recht des Miethers auf Grund des § 368 Abs. 1. eine Minderung des Miethzinses und auf Grund des § 369 Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern neben dem Rücktrittsrecht bestehen."

II. Pacht.

§§ 531 bis 532 wie im Entwurf.

§ 532a. „Die Bestimmungen der §§ 508a bis 512a gelten auch bei Pachtverträgen über die im § 781 den Grundstücken gleichgestellten Gerechtigkeiten.

Im Fall des § 509 tritt der neue Erwerber auch in die Verbindlichkeit des Verpächters zur Rückgewähr von Pachtkautionen ein,

wenn die Bestellung derselben aus einem schriftlichen Pachtvertrage hervorgeht."

§ 533. „Eine Zwangsverwaltung einer Pachtung im Interesse der Gläubiger des Pächters ist zulässig, der Verpächter hat aber das Recht, seinerseits nach Einleitung einer solchen den Pachtvertrag mit der gesetzlichen Frist zu kündigen."

§ 521 Abs. 6 findet auf den Pachtvertrag keine Anwendung.

§§ 534—539 wie im Entwurf.

§ 540 wie im Entwurf, jedoch ist hinzuzufügen:

„Er muß ferner dem Verpächter gestatten, zu den Ausbesserungen und Bauten, welche diesem obliegen, Materialien, welche das Grundstück selbst erzeugt, zu benutzen, soweit dies ohne Schädigung des Wirthschaftsbetriebes geschehen kann."

§ 541. „Der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks ist verpflichtet, das Grundstück während der ganzen Pachtzeit bis zur Rückgewähr nach landwirthschaftlichen Regeln ordnungsmäßig zu bewirthschaften. Er darf u. s. w." wie im Entwurf.

Am Schlusse ist hinzuzufügen:

„Bei Vernachlässigung dieser Pflichten und der Vorschriften des § 540 findet § 519a entsprechende Anwendung."

§§ 542—548 wie im Entwurf.

Siebenter und Neunter Titel.

Dienst- und Werkvertrag. (§§ 559—579.) **Auftrag.** (§§ 585—604.)

§ 13.

In seinem Gutachten: „Ueber den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag, mit besonderer Rücksicht auf die Verhältnisse der Rechtsanwaltschaft, der medizinischen Praxis und anderer wissenschaftlicher Berufe" weist Rechtsanwalt und Dozent Dr. Theodor Loewenfeld[23]) in München zunächst die praktische Unzuträglichkeit des Mangels bestimmter Grenzmerkmale zwischen dem Dienst- und bezw Werkvertrag einerseits und dem Auftragsvertrage andererseits nach. Der Gutachter empfiehlt, ein klares Unterscheidungsmerkmal dieser Vertragsverhältnisse nach dem Vorgang des römischen Rechts und mehrerer moderner Gesetzgebungen dadurch zu schaffen, daß man das entgeltliche Mandat fallen läßt, dessen Thatbestand ohnehin nach dem System des Entwurfes mit demjenigen des Dienst- und Werkvertrages identisch ist. Eventuell wäre wenigstens eine gesetzliche

[23]) Heft X. (Mai 1889) S. 858—932.

Vermuthung zu Gunsten des Dienst- und Werkvertrages aufzunehmen. Das Recht des Dienst-, Werk- und Auftragsvertrages ist nach dem Entwurfe auch auf die sogenannte liberale Arbeit anwendbar, deren Unterscheidung von operae illiberales vom Entwurf mit Rücksicht auf die „heutigen sozialen Anschauungen" nicht aufrecht erhalten wird. Die Gegenwart kennt aber eine Reihe von Berufsgattungen, welche nach dem Typus der antiken liberalen Berufe organisirt sind, und welche sich hierdurch insbesondere von den Gewerben scharf unterscheiden. Gehalt und Honorar sind bei jenen ersteren, vom Gutachter als „altruistisch" bezeichneten, Berufen auch heute — wie bei den Römern — nicht Gegenleistung, sondern Sustentation für die Zwecke der Berufsübung, ein Begriff, welcher auch beim unentgeltlichen Mandat bedeutsam, aber dem Entwurf unbekannt ist. Als Musterbeispiele altruistischer Berufe führt der Gutachter den priesterlichen, ärztlichen, den Rechtsanwaltsberuf an. Die Erstreckung des Dienstmiethrechtes auf diese Berufe sei deren Natur zuwider und verhindere andererseits die richtige Gestaltung des Dienstmiethrechtes. Auch das Recht des Auftrages könne auf die altruistischen Berufe nicht angewendet werden; man versuche nur beispielsweise etwa dem § 590 des Entwurfes die ärztliche Berufsarbeit zu unterwerfen! Im Einzelnen empfiehlt der Gutachter die „entsprechende" Anwendung der §§ 587, 591, 592, 593 des Entwurfs auf den Dienstvertrag vorzuschreiben, die §§ 588, 589 zu streichen und bezeichnet die §§ 596, 597—603 als nicht gerechtfertigt für das entgeltliche Mandat, falls das letztere beibehalten werden sollte. Für den Dienstvertrag wird die Aufnahme einer Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten bei Krankheit des Dienstverpflichteten empfohlen; weiter wird die Adaptirung der Schutzvorschriften der Gewerbeordung, besonders der §§ 120, 123, 124, 126, 135, 136 R. G. O. vorgeschlagen, diese auch für den Werkvertrag; zugleich wird reichsgesetzliche Regelung des Gesinderechtes befürwortet. Das Recht der liberalen Berufe soll in eigenem Titel des II. Buches Aufnahme finden.

Dreizehnter Titel.

Gesellschaft. (§§ 629—659.)

§ 14.

Das von Boyens in Stettin über „Gesellschaft unter Vergleichung mit anderen Rechtsgemeinschaften" erstattete Gutachten[21]) beleuchtet zunächst die mancherlei Grundlagen der Ge-

[21]) Heft XII. (September 1889) S. 1015—1062.

sellschaft und sodann die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs. Bezüglich jener beantragt er (S. 1054), den an der Spitze des Titels von den Schuldverhältnissen mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern stehenden, die pro rata Forderung und Schuld als Regel aussprechenden § 820 ganz zu streichen, und den 2. Absatz des das Gesammtschuldverhältniß erörternden § 321 so zu fassen:

> „Wenn ein Schuldverhältniß mehrerer Personen durch dasselbe Rechtsgeschäft begründet wird, so haften dieselben, soweit nicht durch Gesetz oder Abrede ein Anderes bestimmt ist, als Gesammtschuldner."

Bezüglich der Gemeinschaftlichkeit der Forderungen mehrerer Gläubiger will das Gutachten die, für die Forderungen auf untheilbare Leistungen im § 339 aufgestellte Regel auf alle Leistungen, welche mehrere Gläubiger aus demselben Schuldverhältniß zu fordern berechtigt sind, ausgedehnt wissen, jedoch das in demselben Paragraphen dem einzelnen Gläubiger unter Umständen gewährte Recht, die ganze Leistung zu fordern, beseitigt haben.

Auch beanstandet das Gutachten die im § 773 ausgesprochene subsidiäre Geltung der Vorschriften über die „Gemeinschaft" auf die Gesellschaft, und will daher diesen Paragraphen gestrichen haben (S. 1038. 1059).

Den dreizehnten Titel, Gesellschaft, beantragt das Gutachten folgendermaßen zu fassen:

§ 629 wie im Entwurf.

§ 630 wie im Entwurf, jedoch folgt Abs. 4:

> „der Anspruch auf Leistung dieser Beiträge und alle sonstigen aus dem Gesellschaftsvertrag gegen die Gesellschafter sich ergebenden Ansprüche gehören zum Gesellschaftsvermögen."

§ 631 Abs. 1 wie im Entwurf.

Abs. 2. „Wenn Geld oder andere vertretbare Sachen oder wenn unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen nach einer Schätzung, die nicht blos zum Zweck der Gewinnvertheilung erfolgt, in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Gegenstände Eigenthum der Gesellschaft."

§ 631a. „In das Gesellschaftsvermögen fällt auch der Erwerb aus der Führung der Geschäfte der Gesellschaft."

§ 631b. „Das Gesellschaftsvermögen gehört den Gesellschaftern gemeinschaftlich. Die darunter fallenden Gegenstände und Sachen stehen ihnen aber nicht nach Bruchtheilen zu. Der einzelne

Gesellschafter kann nur über das verfügen, was er nach dem Gesellschaftsvertrag während der Dauer der Gesellschaft zu fordern berechtigt ist (§ 646) und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt."

§ 633 wie im Entwurf als Abs. 1, folgt als Abs. 2:

„Bezieht er aber für die Führung von Geschäften der Gesellschaft — außer seinem Gewinnantheil — eine besondere Vergütung, so haftet er für jede Fahrlässigkeit."

§ 634. „Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft, welche auch die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens einschließt, steht, falls der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, den Gesellschaftern dergestalt gemeinschaftlich zu, daß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, und sie nur gemeinschaftlich zur Führung von Rechtsstreitigkeiten bezüglich des Gesellschaftsvermögens berechtigt sind. Jedoch können zum Gesellschaftsvermögen gehörige gegen einen der Gesellschafter zustehenden Ansprüche für die Gesellschaft von den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich geltend gemacht, nicht aber an Dritte übertragen werden.

Sind einzelne Gesellschafter durch Abwesenheit oder Krankheit zu der Vornahme von Rechtsgeschäften oder Führung von Rechtsstreitigkeiten, welche sich auf das Gesammtvermögen beziehen, außer Stande, so sind die übrigen zur Vornahme solcher Rechtsgeschäfte oder Führung solcher Rechtsstreitigkeiten im Namen der sämmtlichen Gesellschafter berechtigt, sofern Gefahr im Verzuge ist. Sie sind jedoch auch in diesem Fall nicht befugt, Sachen und Gelder für die Gesellschaft in Empfang zu nehmen, sondern nur deren Hinterlegung zu verlangen.

Jeder Gesellschafter ist gegenüber den anderen verpflichtet, zu einer Maßregel mitzuwirken, welche behufs ordnungsmäßiger Geschäftsführung nothwendig ist."

§ 635 bis 638 wie im Entwurf.

§ 639. „Auf die Rechte und Pflichten der im Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter finden im Uebrigen die Vorschriften der §§ 588 bis 596 entsprechende Anwendung."

§§ 640 und 641 sind zu streichen.

§ 642. „Aus den von den geschäftsführenden Gesellschaftern, sei es in Person, sei es durch Vertreter, mit einem Dritten für die Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäften, wird nur diese berechtigt (§ 631a). Eine Aufrechnung von Gegenforderungen, welche dem

Dritten gegen einen Gesellschafter zustehen, findet nicht statt. Die Gesellschafter werden aus diesen Rechtsgeschäften dem Dritten gegenüber als Gesammtschuldner verpflichtet. Auf Grund eines gegen die geschäftsführenden Gesellschafter (§ 634) erlangten Schuldtitels ist wegen dieser Verbindlichkeiten auch die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zulässig. Dagegen ist wegen anderer Schulden der einzelnen Gesellschafter (Privatschulden) die Vollstreckung in dies Vermögen nur insoweit zulässig, als sie darüber zu verfügen berechtigt sind (§ 631 b).

§ 643 wie im Entwurf.

§§ 644 und 645 sind zu streichen.

§§ 646 und 647 wie im Entwurf.

§ 648 wie im Entwurf, jedoch ist nach den Worten „nach dem Gesellschaftsvertrag" einzuschieben „oder gesetzlich" (§§ 634, 638).

§§ 649 bis 654 wie im Entwurf.

§ 655. Bis zur erfolgten Auseinandersetzung bleiben die Gesellschafter auch nach Auflösung der Gesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags insoweit berechtigt und verpflichtet, als es der Zweck der Auseinandersetzung erfordert. Die einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ertheilte Befugniß zur Geschäftsführung erlischt jedoch, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein anderer Wille erhellt, mit dem Zeitpunkt der Auflösung. Von diesem Zeitpunkt an erfolgt die Liquidation und zwar durch die gesetzlich (§ 634) zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter.

Auf Antrag eines Gesellschafters kann jedoch aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Amtsgericht des Orts, von welchem aus die Gesellschaft ihre Geschäfte führt, erfolgen. Führt die Gesellschaft ihre Geschäfte von verschiedenen Orten aus, welche in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, so erfolgt die Bestimmung des zuständigen Amtsgerichts durch das für alle diese Bezirke zuständige höhere Gericht.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen, die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen, soweit dies erforderlich wird, in Geld umzusetzen und die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern zu bewirken. Grundstücke dürfen ohne Zustimmung aller Gesellschafter nur öffentlich versteigert werden.

Einstimmige Anordnungen der Gesellschafter müssen auch die von dem Gericht bestellten Liquidatoren befolgen. Dieselben können auf Beschluß sämmtlicher Gesellschafter und aus wichtigen Gründen auf einseitigen Antrag von dem Gericht (Abs. 2) abberufen werden.

§ 656 Abs. 1 wie im Entwurf, jedoch fallen die Worte „nach Auflösung der Gesellschaft" in Zeile 1 fort.

Abs. 2. „Aus dem zur Zeit der Auseinandersetzung vorhandenen Gesellschaftsvermögen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden (Gesellschaftsschulden) und demnächst die Kosten der Liquidation zu berichtigen. Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung derselben nicht hin, so haben alle Gesellschafter u. s. w." wie im Entwurf.

Abs. 3 wie im Entwurf, jedoch ist in Zeile 1 hinzuzufügen „und der Kosten der Liquidation", Zeile 2 und Zeile 9 statt „gemeinschaftlichen Gegenstände" zu setzen: „Gesellschaftsvermögen."

Abs. 4 fällt fort.

Abs. 5 wie im Entwurf, jedoch ist statt „vierten" zu setzen „dritten."

§ 658 wie im Entwurf, jedoch ist im Abs. 4 anstatt „den gemeinschaftlichen Gegenständen" zu setzen „dem Gesellschaftsvermögen."

§ 659 wie im Entwurf.

Dritter Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften. (§§ 704—721.)

§ 15.

In einem eingehend begründeten Gutachten über „das Schadensersatzrecht des Entwurfs" gelangt Dr. Georg Schmidt[25]) in Dresden zu folgenden allgemeinen Grundsätzen, auf denen er das Schadensersatzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgebaut sehen möchte:

1. „Wer einem Anderen durch sein Thun oder widerrechtliches Unterlassen einen Schaden zufügt, ist demselben zum Ersatze verpflichtet, außer wenn ihm in Bezug auf den dem Beschädigten entzogenen Gegenstand ein besseres Recht zusteht oder im Falle der Nothwehr.

[25]) Heft XIV. (Oktober 1889) S. 1183—1226.

2. Schadensersatz kann gefordert werden nicht bloß für Vermögenseinbuße, sondern auch wegen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, der Ehre und der übrigen sogenannten immateriellen Lebensgüter.

3. Voller Schadensersatz, sowohl die erlittene Vermögenseinbuße als den entgangenen Gewinn umfassend, ist unbedingt zu gewähren, wenn vorsätzlich das Recht eines Anderen verletzt worden ist. In allen anderen Fällen hat der Richter je nach den Umständen des konkreten Falles bezw. nach dem Grade der Verschuldung den Umfang der Ersatzleistung nach freiem Ermessen zu bestimmen.

4. Der Arbeitgeber haftet, abgesehen von einem obligatorischen Verhältnisse, für das Verschulden seines Arbeiters insoweit, als das Verschulden in Ausführung der dem Arbeiter übertragenen Verrichtung begangen worden ist.

5. Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt mit dem Ablaufe von drei Jahren von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem der Beschädigte von dem erlittenen Schaden und der Person des Thäters Kenntniß erlangt hat, in allen anderen Fällen in zwanzig Jahren."

Vierter Abschnitt.

Einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen. (§§ 737—777.)

§ 16.

Der vierte Abschnitt des Entwurfs behandelt die Bereicherung, die Geschäftsführung ohne Auftrag, die Gemeinschaft und die Vorlegung und Offenbarung. Ueber diese Lehren verbreitet sich das Gutachten von Hartmann[26]) in Nürnberg. Dasselbe schlägt bezüglich der Konditionen eine, dem gemeinsamen Grundgedanken entsprechende, den Rechtsstoff wesentlich vereinfachende Fassung vor, indem es statt der fünf Kategorien des Entwurfs lediglich drei Kategorien von Ansprüchen auf Rückleistung (dieser Ausdruck wird auch statt des Worts „Bereicherung" als Titelüberschrift empfohlen) aufstellt. Es hält eine Reihe von sachlichen Aenderungen für nothwendig und gelangt zu folgenden Resultaten:

Erster Titel.

Ansprüche auf Rückleistung.

I. Leistung auf Grund unrichtiger Voraussetzungen.

1. § 737. „Wer bei seiner Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit das Bestehen einer rechtlichen Verbindlichkeit vor-

[26]) Heft V. (Dezember 1888) S. 323—358.

aussetzt, welche in Wirklichkeit nicht besteht, kann von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern.

Wer ferner bei seiner Leistung den Eintritt oder Nichteintritt eines nicht eingetretenen künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolgs in einer dem Empfänger erkennbaren Weise vorausgesetzt, oder wer eine Leistung aus einem Rechtsgrunde bewirkt hat, welcher später hinweggefallen ist, ist gleichfalls zur Rückforderung des Geleisteten dem Empfänger gegenüber berechtigt."

2. § 738. „Ist eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit vor deren Fälligkeit bewirkt, so findet eine Rückforderung nicht statt; auch können Zwischenzinsen nicht verlangt werden."

3. § 739. „Die Rückforderung ist, von den Fällen des § 182 Abs. 2, §§ 664, 665, 1500 abgesehen, ausgeschlossen:

1. falls der Leistende zur Zeit der Leistung davon Kenntniß hatte, daß die von ihm erfüllte Verbindlichkeit nicht bestand,
2. falls der Leistende die Erfüllung der Voraussetzung, unter welcher die Leistung bewirkt wurde, in einer dem Inhalte des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufenden Weise verhindert hat,
3. falls von Anfang an die Erfüllung der Voraussetzung unmöglich und die Unmöglichkeit dem Leistenden bekannt war."

4. § 740. „Ist die Rückleistung durch die Beschaffenheit des Geleisteten ausgeschlossen oder der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruches das Geleistete herauszugeben außer Stande, so hat der Empfänger den Werth des letzteren zu vergüten."

5. § 741. „Die Verbindlichkeit zur Rückleistung erstreckt sich auf dasjenige, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben hat.

Hat der Empfänger eine zum Eigenthume empfangene Sache herauszugeben oder einen an ihn veräußerten, zur Zeit der Veräußerung bestehenden Nießbrauch zurückzugewähren, so bestimmen sich seine Verpflichtungen zur Herausgabe und Vergütung der Nutzungen nach den Vorschriften über die Verpflichtungen des Besitzers gegenüber dem Eigenthümer.

Der Empfänger ist zur Herausgabe des Gegenstandes nur gegen Vergütung aller auf denselben vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen verpflichtet; er hat jedoch ein Recht auf Vergütung von Verwendungen nur insoweit, als er nicht durch Nutzungen, welche ihm verbleiben, bereichert ist."

6. § 742. „Ist dem Empfänger bei dem Empfang der Leistung bekannt gewesen, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wurde, nicht bestand, oder daß der Rechtsgrund, aus welchem die Leistung bewirkt wurde, hinweggefallen ist, oder die Voraussetzung, auf Grund deren die Leistung erfolgte, sich nicht verwirklichen kann, sowie daß der Leistende hiervon nicht unterrichtet war, so ist er dem Leistenden zum Schadensersatz nach Maßgabe der Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen verpflichtet.

Erlangt der Empfänger die im ersten Absatz erwähnte Kenntniß erst nach Empfang der Leistung, aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit, so finden bezüglich seiner Verpflichtung zur Rückleistung die Bestimmungen der §§ 740 und 741 mit dem Abmaße Anwendung, daß an die Stelle des Zeitpunktes des Eintritts der Rechtshängigkeit der Zeitpunkt tritt, in welchem er die Kenntniß erlangt hat."

II. Verwerflicher Empfang.

7. § 743. „Ist von dem Empfänger einer Leistung durch deren Annahme nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen worden, so kann der Geber das Geleistete zurückfordern.

Der Empfänger ist von der Zeit des Empfangs an zur Herausgabe des Geleisteten nach Maßgabe der Vorschriften verpflichtet, welche gegen den Empfänger einer Nichtschuld gelten, wenn dieser nach der Leistung erfahren hat, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet worden ist, nicht bestanden hat.

Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstoßen worden ist."

III. Sonstiges grundloses Haben.

8. § 744. „Wer sich mittelbar oder unmittelbar Vermögen eines Andern aneignet, ohne daß für die hierdurch diesem gegenüber bewirkte Vermögensverminderung ein rechtlicher Grund besteht, ist zur Rückleistung der sich angeeigneten Vermögensgegenstände verpflichtet.

Als ein rechtlicher Grund ist es im Zweifel anzusehen, wenn ein Rechtsverlust auf einer diesen bestimmenden Vorschrift beruht.

Auf die Verpflichtung zur Rückleistung finden die Vorschriften der §§ 740, 741 und 742 entsprechende Anwendung. Die Verpflichtung zum Schadensersatze aus unerlaubter Handlung bleibt unberührt."

Zweiter Titel.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Bezüglich der Geschäftsführung ohne Auftrag wird für den § 755 folgende Fassung vorgeschlagen:

9. § 755. „Ist durch die Geschäftsführung von der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn eine dringende Gefahr oder ein unersetzlicher Nachtheil abgewendet, oder die im öffentlichen Interesse gebotene Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden Verbindlichkeit bewirkt worden, welche ohne die Geschäftsbesorgung nicht ordnungsmäßig erfüllt worden wäre, so steht dem Geschäftsführer der im § 753 bezeichnete Anspruch auch dann zu, wenn er gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gehandelt hat. Dasselbe gilt, wenn von dem Geschäftsführer die Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden gesetzlichen Unterhaltungspflicht bewirkt, welche ohne die Geschäftsbesorgung nicht ordnungsmäßig erfüllt worden wäre.

In allen diesen Fällen steht dem Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn ein Anspruch auf vollen Schadensersatz (§ 218) zu."

Dritter Titel.

Gemeinschaft.

Bei der Gemeinschaft gelangt das Gutachten zu folgenden Resultaten:

10. § 763. „Jeder Theilhaber kann über seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Gegenstande verfügen. Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen kann nur von allen Theilhabern gemeinschaftlich verfügt werden. Das Letztere gilt auch von einer thatsächlichen Veränderung des Gegenstandes.

In Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung, Erhaltung und Sicherung der Rechte der Gemeinschaft betreffen, ist jeder Theilhaber zur Vertretung derselben befugt."

11. § 769. „Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt, sofern sich der gemeinschaftliche Gegenstand ohne Werthsminderung in mehrere der Zahl und den Antheilen der Theilhaber entsprechende gleichartige und gleichwerthige Theile zerlegen läßt, durch Theilung in Natur, außerdem durch den Verkauf des Theilungsgegenstandes nach Maßgabe der Vorschriften über Zwangsvollstreckung.

Ist jedoch Naturtheilung oder der Verkauf unmöglich, oder widerstreitet eine dieser Maßnahmen dem Interesse eines oder

mehrerer Theilhaber, so bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen die Theilungsart. Der Verkauf einer ungetheilten Forderung ist nur dann zulässig, wenn deren gemeinschaftliche Einziehung noch nicht möglich ist. Jeder Theilhaber ist berechtigt, dieselbe zu verlangen."

12. § 769b. „Ist ein selbstständiger Theilungsgegenstand bei der Theilung unberücksichtigt geblieben, so kann jeder Theilhaber die nachträgliche Aufhebung der Gemeinschaft bezüglich desselben verlangen. Ist ein Theilungsbetheiligter bei der Aufhebung der Gemeinschaft nicht berücksichtigt worden, so kann er jederzeit eine neue Theilung unter Berücksichtigung seiner Posten begehren.

Im übrigen unterliegen Theilungsverträge der Anfechtung nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen (§ 95—104)."

13. § 770. „Hat ein Theilhaber gegen einen anderen Theilhaber eine Forderung, welche in der unter ihnen bestehenden Gemeinschaft ihren Grund findet, so kann er verlangen, daß die Forderung bei Aufhebung der Gemeinschaft aus dem Antheile des Schuldners an dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt werde. Dieser Anspruch steht ihm auch gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger seines Schuldners zu."

14. § 772. „Stehen der Aufhebung der Gemeinschaft rechtliche oder thatsächliche Hindernisse insofern entgegen, als Naturtheilung oder Verkauf des Theilungsgegenstandes nicht möglich sind, oder dem Gesammtinteresse widerstreiten, so kann in Ermangelung einer die Verwaltung und Benutzung in verbindlicher Weise regelnden Bestimmung jeder Theilhaber eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Art der Verwaltung beanspruchen. Dasselbe gilt, falls ein versuchter Verkauf erfolglos geblieben ist, in welchem Falle auch jeder Theilhaber die Wiederholung des Versuches verlangen kann, falls er sich zur Uebernahme der hierdurch entstehenden Kosten verpflichtet."

Vierter Titel.

Offenlegung und Offenbarung.

Die Offenlegung (statt Vorlegung) und Offenbarung wünscht das Gutachten in folgender Weise formulirt:

15. § 774. „Wer an der Besichtigung der Sache wegen eines ihm bezüglich derselben zustehenden Anspruches ein Interesse hat, oder wer bezüglich eines solchen Anspruches sich durch die Besichtigung der Sache Gewißheit verschaffen will, kann von deren Besitzer oder

Inhaber die Offenlegung derselben zum Zweck der Augenscheineinnahme beanspruchen."

16. § 775 unverändert.

17. § 776. „Die Offenlegung hat in den Fällen der §§ 774, 775, sofern das Gericht keine anderweite Bestimmung trifft, an dem Orte zu erfolgen, an welchem sich der offenzulegende Gegenstand befindet; die Gefahr und die Kosten der Offenlegung hat derjenige zu tragen, welcher dieselbe beansprucht."

18. § 777. „Wer einen Inbegriff von Vermögensgegenständen ganz oder zu einem Bruchtheile, insbesondere die von einem Gegenstande bezogenen Nutzungen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu ertheilen verpflichtet ist, hat dem Berechtigten auf dessen Verlangen ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen und den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er den Bestand vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Aenderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen. Auf die Abnahme des Eides finden die Vorschriften der §§ 440 bis 446, 780, des § 781 Abs. 1 und des § 783 der Civilprozeßordnung mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Ladung zu dem für die Abnahme zu bestimmenden Termine auch von dem Verpflichteten erfolgen kann.

Wird der Offenbarungseid verweigert, so kann der zur Forderung desselben Berechtigte zur eidlichen Erhärtung seines Interesses zugelassen werden. In diesem Falle hat jedoch das Gericht den Höchstbetrag des Interessenanspruchs zu bestimmen."

Drittes Buch.

Sachenrecht. (§§ 778—1226.)

§ 17.

Die Ergebnisse eines vom Justizrath Max Wolff in Berlin: „Zum Sachenrecht des Entwurfs" erstatteten Gutachtens[27] sind im Wesentlichen folgende.

1. Die Stellung des Sachenrechts in dem Systeme des Entwurfs und die Hauptprinzipien werden gebilligt, und die in dem Entwurf aufgenommenen Bestimmungen für ausreichend erachtet.

[27]) Heft VIII. (Februar 1889) S. 619—630.

2. Mit Rücksicht auf die Vorschriften in den §§ 782—785 über den Begriff der wesentlichen Bestandtheile einer Sache und auf die Vorschriften in den §§ 901 und 902 über die Veräußerung von solchen Bestandtheilen erscheint es geboten, zu bestimmen, daß die Vorschriften der §§ 901 und 902 auf Verträge, durch welche Pfand- oder Nießbrauchsrechte an Bestandtheilen bestellt werden sollen, entsprechende Anwendung finden, und in dem Einführungsgesetze vorzusehen, daß die §§ 714 und 725 der C. Pr. O., wonach Früchte, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet und versteigert werden können, Geltung behalten.

3. Im § 789, welcher den Begriff des Zubehörs enthält, sind die Worte „es sei denn, daß nach der Verkehrssitte eine solche Sache nicht als Zubehör angesehen wird", zu streichen. Bei der speziellen Aufführung des Zubehörs eines Landguts in § 791 Nr. 2 ist nicht der erforderliche Dünger, sondern der Vorrath an Dünger überhaupt für Zubehör zu erklären.

In das Gesetzbuch ist eine Vorschrift aufzunehmen, daß nur die dem Eigenthümer der Hauptsache gehörigen Sachen Zubehör derselben sein können.

Die Bestimmung des § 790, daß das eine Sache betreffende Rechtsverhältniß unter Lebenden sich im Zweifel auch auf das Zubehör derselben erstrecken soll, ist dahin zu ändern, daß die Folge eintritt, sofern nicht etwas Anderes ausdrücklich erklärt ist.

4. Der Maßstab über die Fruchtvertheilung zwischen dem abtretenden und dem antretenden Berechtigten ist insofern unrichtig festgesetzt, als es sich um die Früchte eines Rechtes handelt, welches in dem Gewinnen von Erzeugnissen oder anderen Bestandtheilen besteht. Nach der Fassung des § 794 würden diese Früchte unter Nr. 3 fallen, von denselben stehen indessen dem Berechtigten die während der Zeit seiner Berechtigung bei bestimmungsmäßiger Nutzung gewonnenen zu (§ 899), und ist daher § 794 entsprechend zu fassen.

5. Bei der Uebergabe durch Anweisung kann der Besitzerwerb des Dritten nicht durch den Widerspruch des Inhabers gehindert werden.

6. Die Uebergabe kann nicht durch constitutum possessorium wirksam erfolgen.

7. Die im § 824 festgesetzte Frist von einem Jahre ist auf drei Monate zu verkürzen.

8. Der dingliche Vertrag ist mit dem Abschlusse bindend, im § 828 sind also Absatz 3 und 4 zu streichen.

9. Für die Frage, ob bei dem Erwerbe eines Rechts der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, kommt es hinsichtlich der Gutgläubigkeit des Erwerbers nicht auf den Zeitpunkt der Eintragung seines Rechts an, vielmehr genügt es, daß der gute Glauben zu der Zeit, in welcher der dingliche Vertrag vollzogen und der begründete Antrag auf Eintragung eingereicht wird, vorhanden ist, und ist demgemäß § 837 zu ändern.

10. Im § 850 sind die Worte am Schlusse „oder die Grenzen der Ortsüblichkeit nicht überschreiten" zu streichen.

11. Die Vorschrift des § 863 über die Gestattung des Nothweges ist in dem Gesetzbuche wegzulassen, und gemäß § 866 den Landesgesetzen zu überweisen. Durch letztere ist auch das Verfahren und die Behörde zur Entscheidung über den Anspruch auf den Nothweg zu bestimmen, etwa das Verwaltungsstreitverfahren oder die Regulirung bei den Gemeinheits-Theilungs-Behörden.

12. Dem § 865 ist eine Vorschrift hinzuzufügen, daß der Eigenthümer, welcher die Vertiefung vorgenommen hat, im Falle sich die nicht vorauszusehende Gefahr später zeigt, verpflichtet ist, für eine genügende anderweite Befestigung des Nachbargrundstücks zu sorgen.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften (§§ 778—796).

§ 18.

Der Entwurf hat das Wasserrecht mit Einschluß des Mühlenrechts, des Flötzrechts und Flößereirechts von der Regelung durch das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen. Schon Mecke[28]) erklärte einen Theil des Wasserrechts als einen Gegenstand des reichsgesetzlich zu normirenden bürgerlichen Rechts, und Metz I in Darmstadt weist in seinem „Vorschlage zur Aufnahme einiger allgemeinen Normen über die Benutzung der fließenden Gewässer (Wasserrecht) in dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs"[29]) die Nothwendigkeit einer reichs-

[28]) Das Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen. Heft I. S. oben § 1.

[29]) Heft XI. (Juni 1889) S. 955—968.

gesetzlichen Regulirung des Wasserrechts, insoweit es dem privatrechtlichen Gebiet angehört, im Einzelnen nach. Entscheidend hierfür ist insbesondere, daß die Rechtsübung der höchsten deutschen Landesgerichte und des Reichsgerichts jeder Zeit Streitigkeiten über die Benutzung des fließenden Wassers und den Erwerb von bevorzugten Rechten an solchen als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten behandelt und der richterlichen Zuständigkeit unterworfen hat. Unverständlich bleibt, wie man gerade die Rechtsverhältnisse an Flüssen, die meist oder doch häufig der Hoheit verschiedener Bundesstaaten unterstehen, deren einheitliche Ordnung sonach in erster Linie geboten ist, fünfundzwanzig Landesgesetzgebungen überlassen mag; verständlich wäre eher die umgekehrte Behauptung, daß die großen Wasserstraßen einer internationalen Regelung bedürften. Unrichtig ist daher die Behauptung der Motive (Bd. III S. 5), daß das Wasserrecht nur eine lokale Bedeutung genieße und nach den Bedürfnissen größerer oder kleinerer Bezirke geregelt werden müsse, und ebenso wenig leuchtet ein, daß es dem öffentlichen Rechte angehöre, wenn man die Fragen nach der rechtlichen Eigenschaft des fließenden Wassers im Verhältniß zu den Adjazenten, dem Umfang des gemeinen Gebrauchs an demselben, dem Erwerb von Privatrechten am Wasser erörtert, und die große Zahl der zu allen Zeiten vor den deutschen Gerichten geführten Rechtsstreitigkeiten der Wiesen- und Mühlenbesitzer, der Ober- und Unterlieger, über ungemessene Ableitung von Wasser oder Zuleitung schädlicher Stoffe, Aenderung des Wasserlaufs, Flußbetts, Ufers u. s. w. betrachtet. Da selbstverständlich von der reichsgesetzlichen Ordnung im Bürgerlichen Gesetzbuche Alles ausgeschlossen bleiben muß, was sich auf dem rein wirthschaftlichen Gebiete bewegt oder einen polizeilichen Charakter trägt, so will Metz der Reichsgesetzgebung nur die Regelung folgender Fragen unterworfen haben:

1. welche Gewässer sind öffentlich und welche Privateigenthum? Beschränkt sich dieser Charakter der Gewässer auf die Wasserwelle oder ergreift er auch die Wassersäule, Bett und Ufer?
2. worin bestehen die Rechte des Gemeingebrauchs am fließenden Wasser?
3. auf welchem Wege und unter welchen Voraussetzungen können bevorzugte oder ausschließliche Rechte am fließenden Wasser erworben werden?

Die Regelung des Wasserrechts nach diesen Gesichtspunkten im Entwurf ist möglich, zulässig und nothwendig. Alles Andere, wie

Damm- und Deichrecht, Deichverbände und Wassergenossenschaften, die Instandhaltung und Reinigung der Bäche, der Uferschutz und Leinpfad, das Konzessionswesen einschließlich der Frage der Entschädigung wegen Rücknahme oder Beschränkung von Konzessionen des Staats zu einer Wassernutzung und alle anderen Fragen aus Verwaltungs- und Polizeirecht ist der Landesgesetzgebung zu überlassen.

Nach einer Erörterung der maßgebenden Gesichtspunkte gelangt Metz zu folgenden, hinter § 781 Entwurf einzuschaltenden Vorschlägen:

1. § 781a. „Die freifließenden Gewässer, das Bett und die Ufer derselben sind öffentlich und dienen dem gemeinen Gebrauche. Dasselbe steht unter der Aufsicht des Staats."

2. § 787b. „Die Benutzung der öffentlichen Gewässer darf nur unter Achtung des gleichen Benutzungsrechts aller anderen Berechtigten erfolgen.

Der Gebrauch und Verbrauch des Wassers zum Waschen, Baden, Tränken, Schwemmen, Schöpfen, Kahnfahren, zur Bewässerung und Eisgewinnung sowie zu anderen dem gemeinen Gebrauche nicht nachtheiligen Benutzungsweisen ist Jedermann gestattet, soweit dies ohne besondere Anlage und ohne rechtswidrige Betretung des Privateigenthums geschehen kann.

Die Benutzung des Wassers darf nicht für fremdes Eigenthum schädlichen Rückstau, Ueberschwemmung oder Versumpfung bewirken, die Anlagen zur Benutzung (namentlich Stau-, Zu-, und Ableitungsanlagen) sind stets in solcher Weise einzurichten, daß ein unwirthschaftlicher Verbrauch ausgeschlossen ist. Abgeleitetes Wasser muß, soweit es nicht gesetzmäßig verbraucht ist, vor seinem Eintritt in ein fremdes Grundstück in sein Bett zurückgeleitet worden."

3. § 781c. „Benutzungsrechte an öffentlichen Gewässern, welche den gemeinen Gebrauch ausschließen oder einschränken, können nur durch Konzession oder Unvordenklichkeit erworben werden; im letzteren Falle muß der bevorzugte Besitzstand durch künstliche Anlagen während der Verjährungszeit erkennbar gewesen sein.

Es bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten, zu bestimmen, daß der Erwerb auch von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig ist.

Bereits erworbene, ausschließende oder einschränkende Benutzungsrechte werden durch dieses Gesetz nicht berührt."

4. § 781d. „Im Privateigenthum des Grundbesitzers stehen:

1. das in Teichen, Brunnen, Gruben und andern Behältern, in den für den Privatgebrauch angelegten Wasserläufen und Kanälen eingeschlossene Wasser,
2. das auf einem Grundstück entspringende oder darauf sich natürlich sammelnde Wasser, so lange solches vom Grundstücke nicht abgeflossen ist."

4a. § 781e. „Ueber die im § 781d erwähnten Gewässer steht dem Eigenthümer des Grundstücks die ausschließlich Verfügung zu, unbeschadet bereits erworbener Rechte Dritter."

5. § 781f. „Der Eigenthümer eines Grundstücks ist nicht befugt, den in Folge der natürlichen Bodenverhältnisse stattfindenden Wasserabfluß zum Nachtheile fremden Eigenthums zu ändern oder zu hindern."

6. § 781g. „Gelände, welches durch die Gewalt des Wassers von einem Grundstück an ein anderes versetzt wird (Avulsion), wird Bestandtheil des letzteren, wenn seine Unterscheidung von demselben nicht mehr möglich ist, oder wenn seit der vollendeten Versetzung ein Jahr verstrichen ist, ohne daß der Eigenthümer oder dinglich Berechtigte sein Recht durch Erhebung der Klage geltend gemacht hat." [30])

7. § 781h. „Ausbreitungen des Ufers, mögen sie in Folge des Sinkens des Wasserspiegels oder allmählicher Anschwemmungen eintreten (Alluvion), wachsen dem angrenzenden Grundstücke selbst dann zu, wenn die Anschwemmungen künstlich herbeigeführt oder gefördert wurden. Der Eigenthumserwerb ist vollendet, sobald sich auf dem angeschwemmten Gelände natürliches Wachsthum entwickelt hat."

8. § 781i. „Inseln, welche sich in öffentlichen Gewässern neu bilden, fallen den an das Ufer angrenzenden Grundbesitzern nach Verhätniß der Breite ihrer Grundstücke mit der Maßgabe zu, daß die Inseln durch eine die Mitte des Stromes durchschneidende Linie zwischen den beiderseitigen Angrenzern getheilt wird, während die ausschließlich in der einen Stromhälfte gelegene Insel den daselbst angrenzenden Grundbesitzern allein gehört und nach obigem Verhältniß unter sie vertheilt wird.

Wenn zwischen einer Insel und dem Ufer eine neue Insel sich bildet, so erfolgt die Theilung nach demselben Maßstabe zwischen den am Ufer angrenzenden Grundbesitzern und den Grundbesitzern der Insel.

---

[30]) Dieser Paragraph würde an die Stelle des § 786 Entw. zu setzen sein.

Vorstehende Grundsätze finden auf die Theilung des Grund und Bodens eines ausgetrockneten, öffentlichen Sees entsprechende Anwendung."

9. § 781k. „Inseln, welche sich in Folge der dauernden Theilung eines öffentlichen Gewässers in zwei nachher wieder vereinigte Arme gebildet haben, verbleiben dem seitherigen Eigenthümer des Grund und Boden."

10. § 781l. „Wenn ein öffentliches Gewässer dauernd sein seitheriges Bett verläßt, so können die Eigenthümer der nunmehr unter Wasser gesetzten Grundstücke das verlassene Bett nach Verhältniß des ihnen entzogenen Grund und Boden in Anspruch nehmen."

Zweiter Abschnitt.

Besitz und Innhabung (§§ 797—825).

§ 19.

In seinem Gutachten: „Der Besitz" untersucht Reatz[31]) die physische und wirthschaftliche Natur des Besitzes und beantragt, unter Streichung der §§ 797—822, 824 und 825 des Entwurfs folgende Aenderungen:

1. § 797. „Der Besitz ist die bewußte ausschließliche natürlich-wirthschaftliche Herrschaft einer Person über eine körperliche Sache."

2. § 798. „Der Besitz ist entweder Eigenbesitz oder fremder Besitz.

Der Eigenbesitz kann Eigenthumsbesitz, Nießbrauchsbesitz Gebrauchsleihebesitz, Mieth- und Pachtbesitz, Pfand- und Retentionsbesitz, Verwaltungsbesitz, Verwahrungsbesitz, Verantwortlichkeitsbesitz, Besitz auf Widerruf und Besitz zur Befriedigung jedes anderen Interesses sein.

Der Besitz ist entweder Vollbesitz oder Theilbesitz, Alleinbesitz oder Mitbesitz, ein thätiger oder ein ruhender, und ein ungestörter oder gestörter."

3. § 799. „Eine geschäftsunfähige Person kann, insoweit ihr im Einzelfall Besitzesbewußtsein zusteht, Besitz erwerben."

4. § 800. „Beim Besitz ist Vertretung zulässig."

---

[31]) Heft IX. (März 1889) S. 747—824.

5. § 801. „Durch Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Besitzers wird dessen Besitz nicht verloren.

Eine geschäftsunfähige oder in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkte Person kann ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters ihren Besitz nicht aufgeben."

6. § 802. „Der Besitz eines Vertretenen endigt nicht mit dem Tode oder der Geschäftsunfähigkeit des Vertreters."

7. § 814. „Der Besitzer hat ein Recht auf Schutz im Besitz gegen Störungen Dritter."

8. § 815. „Der Besitzer ist berechtigt, gegen Störungen seines Besitzes sich in seinem Besitze selbst zu schützen, erforderlichen Falls und soweit als erforderlich, mit Gewalt.

Er kann insbesondere drohenden Störungen vorbeugen, eintretende Störungen zurückweisen und vollendete Störungen wieder beseitigen.

Er kann namentlich dem auf der That betroffenen und dem bei sofort nach erlangter Kenntniß des Vorfalls und Thäters eintretender Verfolgung erreichten Störer die von demselben weggenommene bewegliche Sache mit Gewalt wieder abnehmen, und den Störer seines Grundbesitzes sofort nach erlangter Kenntniß von der Störung mit Gewalt von demselben vertreiben."

9. § 819. „Der in seinem Besitz Gestörte hat gegen den Störer einen Anspruch auf Unterlassung oder Verhütung drohender, und auf Beseitigung eingetretener Störungen (Besitzstörungsklage)."

10. § 820. „Kann bei einem Streit um den Besitz die wirkliche Gestalt desselben nicht ermittelt werden, so hat das Gericht auf Antrag eines Theils den Besitzstand unter Berücksichtigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu berichtigen (Besitzberichtigungsklage)."

11. § 822 (821). „Im Besitzprozesse kann der Beklagte ein Recht auf die Störungsthatsache nur in soweit geltend machen, als es zur Widerlegung der Behauptung einer Besitzstörung dienlich ist."

12. Im § 823 sind an Stelle der Worte: „als verbotene Eigenmacht gerügte Handlung" die Worte: „als Störung bezeichnete Thatsache" zu setzen.

13. § 824. „Der Anspruch des in seinem Besitze Gestörten (§ 819) verjährt in einem Jahre nach eingetretener Störung.

Auf Antrag des Beklagten wird er ausgeschlossen, wenn die Klage nicht innerhalb dreier Monate nach vom Kläger erlangter Kenntniß der eingetretenen Störung und der Person des Störenden erhoben ist."

14. § 825 ist aus dem Abschnitt vom Besitz zu entfernen.

Dritter Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken (§§ 826—847).

§ 20.

Nach § 828 Abs. 3 des Entwurfs wird der zur Uebertragung des Eigenthums, sowie zur Begründung, Uebertragung oder Belastung eines anderen Rechts an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft erforderliche Vertrag für die Vertragschließenden mit dem Zeitpunkte bindend, in welchem er entweder vor dem Grundbuchamte geschlossen oder von den Vertragschließenden dem Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht wird, oder in welchem die bewilligte Eintragung auf den Antrag auch nur eines der Vertragschließenden erfolgte.

C. Davidsohn [32]) in Offenbach in seinem Gutachten: „Buch III Abschn. 3 und 9 Titel I und II des Entwurfs" glaubt, daß hiermit den legitimen Interessen des Verkehrs nicht gedient sei und schlägt folgende Fassung des Abs. 3 vor:

> „Der Vertrag wird für die Vertragschließenden mit dem Zeitpunkte bindend, in welchem er vor dem Grundbuchamte oder einem Notar oder einer anderen richterlichen zur Aufnahme (Beurkundung) solcher Verträge berufenen Behörde geschlossen wird."

Auch wendet er sich gegen die die Einrichtung und Führung des Grundbuchs betreffenden Vorschriften des Entwurfs, namentlich dagegen, daß alle dinglichen Rechte an einem Grundstück, Eigenthumsrechte, Hypotheken, Grundschulden, Grunddienstbarkeiten, Erbbaurechte, Reallasten u. s. w. sowie alle Rechtsänderungen in Bezug auf dasselbe ohne Ausnahme in ein einziges Buch, das Grundbuch, eingetragen werden sollen, und empfiehlt das System einer doppelten Buchführung, d. h. die Führung eines besonderen Hypothekenbuchs neben dem Grundbuche. Die Vorzüge dieses Systems sind insbesondere,

[32]) Heft XII. (September 1889) S. 1063—1088.

daß der Eintrag der Hypotheken, namentlich der Korrealhypotheken, sehr viel weniger Arbeit und Zeit erfordert, somit das Verfahren bei den Grundbuchämtern vereinfacht wird, daß das Grundbuch nicht mit zu vielen Einträgen überladen wird und nicht so leicht die erforderliche Klarheit und Uebersichtlichkeit verliert, daß fehlerhafte Einträge bei Hypotheken weniger zu befürchten sind und in Folge dessen der Hypothekenverkehr an Sicherheit gewinnt, und daß eine eventuelle Erneuerung des Grundbuchs oder einer Hypothekurkunde mit weniger Schwierigkeiten bewerkstelligt werden kann. Der Gutachter beantragt daher, daß neben dem Grundbuch als Hauptbuch, in welches alle Rechtsverhältnisse der darin enthaltenen Grundstücke, die Hypotheken jedoch nur mittelst zweckentsprechender Verweisungen einzutragen wären, noch ein besonderes Hypothekenbuch als Neben- und Hülfsbuch geführt werde, das als Bestandtheil des Grundbuchs in gleicher Weise wie dieses öffentlichen Glauben genießen, überhaupt denselben rechtlichen Charakter haben müßte.

Schließlich beantragt er die Beseitigung des Unterschieds zwischen Buch- und Briefhypothek bezw. die Regelung der normalen Hypothek auf der Grundlage der Vorschriften über die Briefhypothek.

Vierter Abschnitt.

Eigenthum.

Dritter Titel.

Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen. (§§ 874—928.)

§ 21.

In einem „Zum Sachenrecht des Entwurfs, Titel III und IV“ erstatteten Gutachten [33]) erörtert Justizrath Rieß in Kassel zunächst die Lehre des Entwurfs vom Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen (Uebertragung durch Rechtsgeschäft, Ersitzung, Verbindung, Vermischung und Verarbeitung, Erwerb des Eigenthums an Erzeugnissen und ähnlichen Bestandtheilen einer Sache, Zueignung und Gefundene Sachen) und beantragt:

1. Die Streichung des Abs. 2 des § 874: „Ist der veräußernde Eigenthümer nicht Besitzer, sondern nur Inhaber der Sache, so wird die Uebergabe dadurch ersetzt, daß er dem Erwerber die Inhabung einräumt und dieser den Besitz ergreift“ und die Formulirung des

[33]) Heft VIII. (Februar 1889) S. 631—692.

Abs. 3 dahin: „Die Uebergabe der Sache ist nicht erforderlich, wenn der Erwerber sich bei Schließung des Vertrags bereits im Besitz oder in der Inhabung der Sache befindet, und wird ersetzt dadurch, daß der Erwerber auf Grund der Willenserklärung des Veräußerers den Besitz oder die Inhabung der Sache auf andere Weise erhält;" [34])

2. die Fassung des § 875 dahin:

„Wird die Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen, so gilt die nach § 874 erforderliche Erklärung des Eigenthümers als durch das rechtskräftige Urtheil ersetzt und die Uebergabe der Sache mit dem Zeitpunkt als bewirkt, in welchem die Sache von dem Gerichtsvollzieher behufs Ablieferung an den Erwerber im Wege der Zwangsvollstreckung weggenommen ist;"

3. die Beschränkung der Vorschrift des § 877 über die Eigenthumserlangung des gutgläubigen Erwerbers bei der Tradition auf entgeltliche Geschäfte, und die Einschiebung eines § 877a in folgender Fassung:

„war das den Eigenthumserwerb des Veräußerers begründende Rechtsgeschäft anfechtbar, so findet, im Fall die Anfechtung nach der Veräußerung erfolgt, die Bestimmung des vorigen Paragraphen dergestalt entsprechende Anwendung, daß die Kenntniß und die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts der Kenntniß und der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß der mit der Anfechtung eingetretenen rechtlichen Wirkungen gleichsteht;"

4. die Hebung der Ungenauigkeit des zweiten Satzes in § 879 durch die Fassung:

„oder in anderer Weise ohne den Willen des Inhabers aus der Inhabung des Eigenthümers oder desjenigen, welcher sie für denselben inne hat, gekommen ist;"

5. Zu § 887 die Beifügung der Worte: „bezw. seiner Rechtsnachfolger" am Schlusse des ersten Satzes;

6. für den Fall, daß, wie die Motive annehmen, in § 889 auch die usucapio libertatis geregelt werden solle, die Umänderung

---

[34]) Im Gegensatz zu den Motiven wird die Zulässigkeit der Suspensivbedingung bei der Tradition gefordert.

der Fassung dieses Paragraphen oder die Verweisung dieses Erlöschungsgrundes des Nießbrauchs und Faustpfandrechts in die Abschnitte VII und IX;

7. den Eingang des § 893:
„Wer selbst oder durch Andere" u. s. w.

8. die Einschaltung der Worte:
„bis zur Höhe seines Verlustes"
vor (oder hinter) den Worten: „die Herausgabe der Bereicherung" in § 897;

9. statt „Bestandtheile" in § 898 zu setzen:
„wesentliche Bestandtheile;"

10. im § 900 Nr. 1 hinter: „gewußt" die Einschaltung:
„oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht gewußt,"
und in § 899 die Gleichstellung der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß jedes andern Rechts mit der Kenntniß desselben,

11. im § 904 statt: „mit der Erklärung" zu setzen:
„in der erkennbaren Absicht;"

12. im § 907 in Uebereinstimmung mit § 906 das Verfolgen des Bienenschwarms als ein „unverzügliches" zu bezeichnen,

13. eine die Pflicht des Finders eines Schatzes (§ 928) zur Anzeige an den Eigenthümer der Sache regelnde Vorschrift, welche zugleich zu bestimmen hätte, daß und welchen Nachtheil die Verletzung dieser Anzeigepflicht oder mindestens die absichtliche Verheimlichung des Fundes zur Folge haben solle.

Bezüglich des Eigenthumsanspruchs (§§ 929—945) bekämpft Rieß die Loslösung der sich im Eigenthume gründenden persönlichen Nebenansprüche wegen Nutzung, Bereicherung und Schadensersatz von dem rein dinglichen Anspruche auf Herausgabe der Sache, und beantragt:

14. die Streichung des § 930, der das System durchbreche und überflüssig sei, und wünscht bei den Einzelheiten der §§ 931 ff. Aenderungen, so bezüglich der Haftung des bösgläubigen Inhabers für einen noch gutgläubigen Besitzer und betreffs der Versagung des passiven Uebergangs der Schuld aus Verwendungen beim Wechsel des Eigenthümers, und erachtet die Bestimmung des § 939 Abs. 2, Satz 3, wonach der Lösungsanspruch des Besitzers, sofern er nicht vor oder bei der Herausgabe der Sache dem Eigenthümer angezeigt ist, erlöschen solle, für unbillig.

15. Ein Bedürfniß zur Beibehaltung des publizianischen Anspruchs (§ 945) wird verneint.

Neunter Abschnitt.

Pfandrecht und Grundschuld. (§§ 1062—1226.)

§ 22.

Scholler in Landau unterwirft in seinem Aufsatze: „Pfandrecht und Grundschuld"[35]) den Code civil und den Entwurf einem Vergleiche und erkennt den großen, eminenten Fortschritt des letzteren gegenüber dem ersteren an, von welchem er glückliche Erfolge für die Rheinlande erhofft. Im Einzelnen macht er folgende Vorschläge:

1. in Bezug auf Grundstücke, welche nur mit Buchhypotheken belastet sind, ist ein Hypothekenreinigungsverfahren, ähnlich dem im Code civil geregelten, vorzusehen;

2. das Grundeigenthum des Schuldners ist bis zu einer gewissen, gesetzlich zu bestimmenden Größe (Heimstätte), sofern es nicht vertragsmäßig zur Hypothek gestellt und die Vollstreckung dieser Hypothek nicht in Frage steht, von der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen für befreit zu erklären;

3. in Ansehung der Verpfändung (Faustpfand) werden hängende Früchte im letzten Monate vor der Reife, schlagbare Hölzer beweglichen Sachen gleichgeachtet;

4. „der Inhabung durch den Gläubiger steht gleich, wenn der Pfandvertrag bestimmt, daß der Eigenthümer für den Gläubiger innehabe, und dieser Vertrag in das beim Grundbuchamte zu führende Register eingetragen ist" (vor dem letzten Satze des Absatzes 3 § 1147 einzuschalten);

5. diesem letzten Satze ist folgende Fassung zu geben:
„Die Bestellung des Pfandrechts ist unwirksam, wenn anderweit vereinbart ist, daß der Verpfänder das Pfand in der Inhabung behalten soll;"

6. in § 1189 ist nach dem ersten Satze einzuschalten:
„War jedoch der Pfandvertrag im Register des Grundbuchamts eingetragen, so erlischt das Pfandrecht nur durch Löschung seitens des Pfandgläubigers," und

7. der letzte Satz dieses § 1189 ist dahin zu fassen:
„Der Verzicht, die Löschung und die Einwilligung sind unwiderruflich."

[35]) Heft V. (Dezember 1888) S. 359—375.

Gegen „die Eigenthümer-Hypothek und Eigenthümer-Grundschuld" des Entwurfs kämpft in eingehender Weise Dr. Hermann Staub[36]) in Berlin, der die juristische Unmöglichkeit eines solchen Gebildes nachzuweisen versucht. Der vom Gesetzgeber erstrebte Zweck, das Vorrücken der nachfolgenden Hypotheken beim Wegfall einer Post zu verhindern, läßt sich durch die einfache positive Vorschrift erreichen, daß beim Löschen einer Post die nachfolgenden Hypotheken nicht vorrücken sollen. Der Satz vom Vorrücken der Nachhypotheken wird mit Unrecht als ein unbezwingbares Dogma betrachtet. Mit dem System der freien Stellen wird man jeglichem Bedürfnisse gerecht.

Dieses System der freien Stellen wird nun wiederum von Arnheim in Königsberg i. Pr.: „Die Eigenthümerhypothek"[37]) angefochten, und zwar im Wesentlichen deshalb, weil es zu einem Ersatze der Eigenthümerhypothek nicht führe, indem es nicht nur, wie die letztere innerhalb ihres Gebietes, von einzelnen Grundsätzen des Pfandrechts bewußt abweiche, sondern nur nach Beseitigung eines Grundsatzes des gesammten Pfandrechts überhaupt — Haftung des ganzen Grundstücks — konstruirt und verwirklicht werden könne.

In seinem Gutachten über das „Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten" erkennt Dr. Wernick[38]) in Eisenach die Prinzipien des Entwurfs im Wesentlichen als richtig, und dessen grundlegende Bestimmungen den Bedürfnissen des heutigen Verkehrslebens entsprechend an, hält aber einige Vorbehalte für nothwendig. Hauptsächlich wendet er sich gegen die vom Entwurfe ausgesprochene Unzulässigkeit des constitutum possessorium. Die von den Motiven dafür angegebenen drei Gründe sind nicht stichhaltig. Wenngleich es die Aufgabe des Gesetzgebers ist, das Pfandrecht so zu gestalten, daß durch dasselbe die Sicherheit des Verkehrs im Allgemeinen nicht gefährdet wird, so ist es doch auch seine Aufgabe, die Befriedigung dringender wirthschaftlicher Bedürfnisse nicht ohne Noth zu hindern, zumal wenn durch anderweite gesetzliche Bestimmungen die Gefahren für die Sicherheit des Verkehrs beseitigt werden können. Das Faustpfand mit seiner Entfernung der Sache aus dem Gewahrsam des Schuldners wird, abgesehen von gewerbmäßigen Pfandanstalten und Pfandgeschäften, und von der Verpfändung von Werthpapieren, nur

---

[36]) Heft VI. (Dezember 1888) S. 407—418.
[37]) Heft XII. (September 1889) S. 1089—1094.
[38]) Heft V. (Dezember 1888) S. 376—406.

ganz ausnahmsweise Anwendung finden, und doch fordern unsere wirthschaftlichen Verhältnisse eine Ausnutzung des Mobiliarkredits. Landwirthe mit werthvollem lebenden und todten Inventar, namentlich Pächter, ferner Fabrikanten mit Rohstoffen, Fabrikaten oder beweglichen Maschinen, Gewerbetreibende und Handwerker mit den verschiedenen Gegenständen ihres Geschäfts sind schlechterdings nicht in der Lage, diese Werthe für ihren Kredit sich nutzbar zu machen, wenn sie gezwungen sind, schon bei der bloßen Verpfändung dieselben aus ihrem Gewahrsam wegzugeben, weil sie dieselben in ihrem Geschäfte nicht entbehren können, oder weil der Gläubiger sie nicht in seinem Gewahrsam nehmen kann oder will. Die entgegenstehende Bestimmung des Entwurfs schädigt den Verkehr und drängt zu unwahren und unsoliden Geschäften. Der befürchtete Mißbrauch wird vermieden und die Kundbarmachung des Faustpfandrechts dadurch erreicht, daß man die Entstehung des durch Uebergabe auf dem Wege des constitutum possessorium begründeten Pfandrechts an die Form der gerichtlichen oder notariellen Abfassung des Pfandvertrags und des Vertrags über die einstweilige Belassung des Pfands in der Inhabung des Verpfänders und an die Eintragung des Pfandrechts in ein öffentliches Pfandregister knüpft. Es genügt, in diesem Register unter dem Namen des Verpfänders den Tag der Eintragung des Pfandrechts mit dem Namen des Pfandgläubigers unter Hinweis bezüglich alles Weiteren auf den zu den Pfandakten übergebenen Pfandvertrag, der das Verzeichniß der Pfandgegenstände enthält, zu vermerken.

2. Für zulässig zu erklären ist ein Faustpfandrecht an Früchten unter Vorbehalt des Registereintrags. § 1145 ist daher zu erweitern.

3. Bezüglich des Umfangs der Pfandhaftung (§§ 1148, 1149) erweisen sich einige Modifikationen als nothwendig, so im Fall des Eigenthumswechsels in Bezug auf die Haftung für rechtsgeschäftliche Erweiterungen der Schuld, so eine Beschränkung des Zinsenrückstands auf zwei Jahre und Erstreckung der Haftung für die auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhenden Zinsen der fremden Schuld.

4. Zu § 1150 empfiehlt sich ein Zusatz dahin, daß sich das Pfandrecht auch auf die Forderungen des Eigenthümers aus der Versicherung des Pfandes, sowie auf die Schadensersatzforderungen desselben wegen Untergangs oder Beschädigung des Pfandes zu erstrecken habe.

5. Mit dem Hinweis des § 1155: „Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Pfand-

gläubigers gegen denjenigen, welcher die Beeinträchtigung bewirkt hat, die Vorschriften der §§ 929 bis 945, 951 entsprechende Anwendung" — auf den Eigenthumsanspruch werden unlösbare Schwierigkeiten geschaffen.

6. Die Fassung des § 1160 giebt zu erheblichen Zweifeln Anlaß.

7. Das im § 1162 normirte Einlösungsrecht ist in objektiver und subjektiver Beziehung allzusehr beschränkt.

8. Zum § 1166 wird beanstandet, daß der verkaufsberechtigte Pfandgläubiger zum Nachtheile anderer Berechtigter den Verkauf beliebig hinauszuschieben vermag.

9. Für den § 1167 wird ein weiteres Vertragsverbot nothwendig.

10. Die Bestimmungen der §§ 1169—1178 und 1181 über das Verkaufsverfahren sind nicht zweckmäßig und bedürfen dringend einer Aenderung. Der eigentliche Pfandverkauf ist dem Gerichtsvollzieher unter eigener Verantwortung zu überlassen, und der § 395 ist für anwendbar zu erklären.

11. Das Wort „bewegliche" (Sache) in § 1182 ist überflüssig.

12. Die §§ 1190 und 1191 bedürfen mit Hinweis auf § 1189 einer Ergänzung dahin, daß eine Aufhebung des Pfandrechts im Falle der Belastung desselben mit dem Rechte eines Dritten nur mit dessen Einwilligung zulässig sei.

Nach Wernick leidet der Titel vom Pfandrecht an Rechten am Mangel der Unübersichtlichkeit.

Die überraschende und den für die Abtretung von Forderungen aufgestellten Grundsatz (§§ 293, 294) durchbrechende Vorschrift des § 1211, wonach zur Verpfändung einer Forderung außer dem Pfandvertrag noch weiter erforderlich ist, daß die Verpfändung von dem Verpfänder dem Schuldner angezeigt werde, ist unzweckmäßig und bedenklich.

Viertes Buch.

Familienrecht.

Erster Abschnitt.

Ehe. §§ 1227—1465.

§ 23.

Die Lehre des Entwurfs von der Ehe bespricht Dr. Berolzheimer[39]) in Nürnberg. Er beantragt:

[39]) Heft IV. (November 1888) S. 295—317.

1. Zu § 1228 den Zusatz:
„Liegt ein schriftlicher Verlobungsantrag vor und ist in demselben auf den Fall des Rücktritts eine bestimmte Geldsumme als Entschädigung vorbedungen, so hat es hierbei sein Bewenden."

2. Zu § 1256 eine Aenderung des Schlußsatzes: „sofern dieser nicht an dem Prozesse Theil genommen hatte" in: „sofern diesem nicht der Streit verkündet worden war."

3. Zu § 1259 die Zulassung der Anfechtung einer Ehe wegen Irrthums über wesentliche Eigenschaften oder Verhältnisse des andern Theils.

4. Zu § 1273 Abs. 1 Satz 2 den Beisatz:
„soweit nicht eine vor Abschluß der Ehe getroffene Vereinbarung anders bestimmt."

5. Zu § 1287 die Einführung einer Form.

6. Zu § 1288 die Einräumung eines gleichen Aufforderungsrechts an den dritten Kontrahenten.

7. Zu § 1297 Nr. 6 die Streichung der Einwilligungsklausel und Umänderung des Schlußsatzes: „Die unter Nr. 4 und 5 (nicht 4—6)."

8. Zu § 1302 Streichung des zweiten Satzes.

9. Zu § 1312 Nr. 1 Streichung der Worte: „die Ehefrau die Beklagte war und."

10. Zu § 1367 Streichung des zweiten Satzes.

11. Zu § 1328 Streichung der Worte in Nr. 2: „und eine erhebliche Gefährdung des Rechts der Ehefrau oder der Abkömmlinge auf Gewährung des Unterhalts für die Zukunft zu besorgen ist."

12. Zu § 1367 Nr. 1 sind zwischen „herbeigeführten" und „Strafverfahren" die Worte einzuschalten: „mit Verurtheilung des Ehegatten endigenden."

13. Zu § 1372 Nr. 3 die Streichung der Worte: „und eine erhebliche Gefährdung des Rechts der Ehefrau oder der Abkömmlinge auf Gewährung des Unterhalts für die Zukunft zu besorgen ist."

14. Zu §§ 1390 und 1393 die Aenderung der letzten Worte in: „sie ist einseitig unwiderruflich."

15. Zu §§ 1398 Abs. 1, 1266 Abs. 2 und 1403 Abs. 5 die Zulässigkeit einer Einsendung der vor einem Notar abzugebenden Erklärung ans Nachlaßgericht.

16. Zu § 1406 den Zusatz:

„Von Eltern können weder ihre Abkömmlinge noch deren Vormünder oder Pfleger einen Offenbarungseid verlangen."

17. Zu § 1406 Abs. 5 Satz 2 statt: „dieses Recht steht ihm jedoch nicht zu" zu setzen: „dieses Recht geht auf die Abkömmlinge über."

18. Zu § 1430 Abs. 2 statt: „rechtshängig" zu setzen: „durch Erklärung gegenüber dem Konkursgericht geltend."

19. Zu § 1435 statt: „jedem Amtsgericht" zu setzen: „dem Amtsgericht," wodurch auch § 1436 eine Aenderung dahin erfahren muß:

„Die in § 1435 bezeichnete Eintragung muß bei demjenigen Amtsgericht bewirkt werden, bei welchem das eherechtliche Register für den Bezirk des Wohnsitzes des Ehemannes geführt wird. Wird von dem Ehemanne der Wohnsitz in den Bezirk eines anderen Amtsgerichts verlegt, so hat die Eintragung auch bei demjenigen Amtsgericht zu geschehen, bei welchem das eherechtliche Register für den Bezirk des neuen Wohnsitzes des Ehemannes geführt wird."

20. Zu § 1440 Abs. 2 Aenderung dahin:

„Die Scheidung ist nur in den Fällen zulässig, welche in den §§ 1441 Abs. 1, 1443 Abs. 1 und 2 und Satz 1 des Abs. 3, 1445 Satz 1 bezeichnet sind."

21. Wahnsinn als absoluten Ehescheidungsgrund zu erklären.

22. Gegenseitige Einwilligung bei kinderlosen Ehen als Ehescheidungsgrund zu erklären, wenn weder Leichtsinn, noch Uebereilung, noch heimlicher Zwang von einer oder der anderen Seite zu besorgen ist.

23. Zu § 1443 Aenderung der Worte: „der Kläger" und „des Beklagten" in „die Klagspartei" und „der beklagten Partei."

24. Zu § 1444 Abs. 1 den Beisatz: „Die Verbindung beider Anträge in einer Klage ist zulässig."

25. Zu § 1447 Abs. 1 das Erforderniß der „vollen Kenntniß" und zu Absatz 2 die Herabsetzung der Frist von 30 Jahren auf 10 Jahre.

26. Die Streichung der §§ 1456, 1457 und 1461.

27. Zu § 1465 die Streichung der Worte: „in Ansehung" bis „sowie."

Zweiter Abschnitt.
Verwandtschaft.
Erster Titel.
Eheliche Abstammung. (§§ 1466—1479).

§ 24.

Gegenüber dem Standpunkte des Entwurfs, wonach die im § 1468 bezeichnete Vermuthung der Vaterschaft eines von der Ehefrau geborenen Kindes nur durch den Beweis entkräftet werden kann, daß der Ehemann innerhalb der Empfängnißzeit, soweit diese in die Zeit während der Ehe fällt, mit der Ehefrau den Beischlaf nicht vollzogen hat, erhebt Westrum[40]) in Celle sehr erhebliche praktische Bedenken zu Gunsten eines jeglichen Gegenbeweises, welcher dem Richter die Ueberzeugung der Nichtvaterschaft gewähre, und warnt insbesondere davor, die Ermittelung der Wahrheit durch Nebenrücksichten, wie das Interesse der Kinder oder den Ruf der Frau einzuschränken, und das wahre, zur vollen Ueberzeugung des Richters klargestellte Sachverhältniß zu ignoriren. Er gebraucht zum Schluß das drastische Bild eines von der Ehefrau geborenen kleinen Mulatten, welches allerdings zu weiterem Nachdenken über den Inhalt des § 1469 Anlaß gibt.

Dritter Titel.
I. Rechtsverhältniß zwischen Eltern und ehelichen Kindern. II. Elterliche Gewalt. (§§ 1501—1561).

§ 25.

Ueber „die elterliche Gewalt und das Bürgerliche Gesetzbuch" hat Dr. Ludwig Fuld in Mainz[41]) ein Gutachten erstattet. Der Verfasser steht der grundsätzlichen Stellung des Entwurfes zu der elterlichen Gewalt durchaus freundlich gegenüber und hebt zunächst die strenge Sittlichkeit hervor, welche die betreffenden Bestimmungen in Uebereinstimmung mit der deutschen Rechtsüberzeugung charakterisirt. Die Gleichstellung der Mutter mit dem Vater bezüglich der Rechte der elterlichen Gewalt billigt er vollständig, bekämpft aber das Ueberwiegen der väterlichen Meinung bei Bildung einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern und schlägt vor, in diesem Falle den Richter entscheiden zu lassen. Die staatliche Aufsicht über die Ver-

[40]) Heft XI. (Juni 1889) S. 969—974.
[41]) Heft VI. (Dezember 1888) S. 419—445.

mögensverwaltung wird als ein großer Fortschritt bezeichnet und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für einige Rechtsgeschäfte gefordert, bei welchen der Entwurf sie nicht vorsieht. Der Gutachter stimmt dem Vorschlage des Entwurfes, welcher die Ausübung der elterlichen Gewalt der einschneidenden Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes und der Möglichkeit weitgehender Beschränkung unterstellt, an sich zu, findet aber die Formulirung im Interesse der bürgerlichen Freiheit bedenklich und schlägt eine Fassung mit präziseren Begriffen vor; die Hauptkautelen gegen mißbräuchliche Anwendung dieser Befugnisse sucht er in der Ordnung des Verfahrens. Es wird dann weiter vorgeschlagen, die elterliche Gewalt stets ruhen zu lassen, wenn der Inhaber eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten verbüßt und während der Dauer des Ruhens auch die Nutznießungsbefugniß dem Inhaber abzusprechen. In ausführlicher Begründung tritt der Gutachter für die Beendigung der Gewalt durch die Heirath des Kindes ein und empfiehlt schließlich die elterliche Gewalt von Rechtswegen verwirken zu lassen, wenn der Inhaber wegen eines an dem Kinde oder gegen dasselbe verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu einer Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnißstrafe von mindestens zwei Monaten verurtheilt ist.

Fünfter Titel.

I. Rechtsverhältniß der unehelichen Kinder. II. Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters (§§ 1571—1578).

§ 26.

„Die Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters" erörtert Dr. Karl Linckelmann II in Hannover.[42]) Bezüglich dieses Rechtsinstituts entspricht der vom Entwurf eingenommene Standpunkt dem Prinzipe der Entwickelung, welches den geltenden Rechtszustand in den meisten Gebietstheilen des Deutschen Reiches sowie in vielen Gebieten des Auslandes herausgeführt hat. Mit Recht ist der Grundsatz des Art. 340 Code civil abgelehnt, gegen welchen innerhalb der letzten 20 Jahre in Frankreich, Italien und Holland eine mächtige Gegenströmung sich geltend gemacht hat.

Die Gegengründe gegen die Vorschläge des Entwurfs, mögen sie nun liegen auf dem technisch-juristischen oder auf dem sozialpolitischen Gebiete, können als durchgreifend nicht anerkannt werden.

[42]) Heft VI. (Dezember 1888) S. 446—469.

Die Ausstellungen gegenüber den Bestimmungen des Entwurfes sind untergeordneter Art und beziehen sich auf folgende Punkte:

1. Statt der Verpflichtung des Vaters eines unehelichen Kindes auf den nothdürftigen Unterhalt und statt seiner prinzipalen Verpflichtung ist nach Dafürhalten des Verfassers allgemein die Verpflichtung zum standesgemäßen Unterhalte aufzustellen. Der Vater ist nur zu verpflichten, gemeinschaftlich mit der Mutter und den mütterlichen Verwandten den Unterhalt zu gewähren.

Was das Maß des Unterhaltes anbetrifft, so liegt ein genügender Grund nicht vor, einen Unterschied zu machen zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. Das Verwandtschaftsverhältniß, welches der Entwurf als vorhanden unterstellt zwischen Erzeuger und unehelichem Kinde und welches durch die exceptio plurium concumbentium zur Genüge geschützt ist, verpflichtet folgerichtig zur Gewährung des standesgemäßen Unterhaltes.

Die prinzipale Haftung des Vaters eines unehelichen Kindes ist unbillig selbst bei Beschränkung des Unterhaltes auf den nothdürftigen Unterhalt. Denn selbst dann ist kaum zu bezweifeln, daß sich diese Haftung im praktischen Ergebnisse wenigstens in eine Alleinhaftung umsetzen würde.

2. Der § 749 Abs. 4 C. Pr. O. — Erweiterung der Zulässigkeit der Pfändung wegen Alimente zu Gunsten der Ehefrau und der ehelichen Kinder — ist auszudehnen zu Gunsten der unehelichen Kinder.

3. Der Abs. 2 des § 1576 des Entwurfs — Bezugnahme auf entsprechende Anwendung des § 1495 — ist als unklar und zu Zweifeln Anlaß gebend, zu streichen.

Dritter Abschnitt.

Vormundschaft (§ 1633—1748).

§ 27.

In seinem Aufsatze über „Die Vormundschaft des Entwurfs" ist C. David [43]) in Frankenthal bei Beurtheilung des von dem Entwurfe gewählten Systems der Vormundschaft, insbesondere der Obervormundschaft wesentlich davon ausgegangen, daß die Mehrheit der deutschen Rechtsgelehrten zu Gunsten dieses Systems sich ausgesprochen hat, daß die Mehrheit des deutschen Volks unter der Herrschaft jenes Systems zu leben gewohnt und davon befriedigt ist,

[43]) Heft I. (September 1888) S. 73—95.

daß es dem Zwecke der Vormundschaft, eines staatlich organisirten Schutzes der Hülfsbedürftigen, besser entspricht, als das patriarchalische System des französischen Rechts, und seine büreaukratische Härte das richtige Gegengewicht erhalten muß durch das einzuführende Beschwerderecht.

Die Beseitigung der gesetzlichen Mündelhypothek, dieser ungerechten Belastung des zufällig mit Grundbesitz versehenen Vormunds, ist in David's Gutachten freudig begrüßt, während er ebenso freudig den Schutz des Mündelvermögens durch den gesammten Organismus der Vormundschaft anerkennt.

Der Idee, die Stellung des Volljährigen unter Vormundschaft in irgend welchem Falle als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu behandeln, ist das Gutachten entgegengetreten. Es fordert für jede Minderung der persönlichen Freiheit — in diesem Rechtsgebiete — gerichtliches Verfahren und Urtheil. Auch verlangt es genaue Bezeichnung der persönlichen Angelegenheiten, in welchen der Vormund den volljährigen Mündel zu vertreten berechtigt ist.

Die Sprache des Entwurfs, soweit er die Vormundschaft betrifft, wird klar und verständlich, aber nicht so knapp und elegant, als die der preußischen Vormundschaftsordnung gefunden, und erscheint eine knappere Form begehrenswerth.

Eines besonderen Beifalls erfreut sich die Hinweglassung jeder konfessionellen Beziehung aus dem Entwurfe.

Dem Gutachten hat bei der Billigung des strammen Vormundschaftssystems des Entwurfs als wesentliche Bedingung vorgeschwebt, daß in diesem Verfahren allen Betheiligten gegen die Beschlüsse des Vormundschaftsrichters das Rechtsmittel der Beschwerde zum Landgerichte, sowie der weiteren Beschwerde zum Oberlandesgerichte gestattet und der Beschwerdeführer in beiden Rechtszügen zugelassen wird, nicht nur Gesetzesverletzungen des Vormundschaftsrichters, sondern auch sein Ermessen, das auf der Würdigung rein thatsächlicher Verhältnisse beruht, anzufechten. Die Staatsbürgerpflicht der Uebernahme der Vormundschaft ist besonders für jeden, der noch andere Sorgen hat als für den Mündel, und täglich den Kampf ums Dasein kämpfen muß, eine schwere, durch unausgesetzte Kontrole der Obervormundschaft doppelt empfindliche Last, die nur erleichtert werden kann durch das Bewußtsein, gegebenen Falls wider Ungeschicklichkeiten und Uebergriffe bei den höheren Gerichten Gehör und Genugthuung zu finden.

Fünftes Buch.

Erbrecht.

Zweiter und Dritter Abschnitt.

Letztwillige Verfügung.

Siebenter Titel.

Errichtung letztwilliger Verfügungen (§§ 1911—1939). **Verfügung von Todeswegen durch Vertrag** (§§ 1940—1963).

§ 28.

Ueber „Errichtung letztwilliger Verfügungen und Verfügungen von Todeswegen durch Vertrag" hat Dr. Fr. Stein in Schweinfurt ein Gutachten[44]) erstattet, in welchem er zunächst die Beschränkung der Testamentsformen gegenüber dem Formenreichthum des gemeinen Rechtes als einen Vorzug des Entwurfes anerkennt. Für das ordentliche Testament ist, was als vollkommen berechtigt erscheint, nur gerichtliche oder notarielle Form zugelassen und es sind neben demselben lediglich Nothtestamente für bestimmte Nothfälle mit begrenzter Gültigkeit gestattet. Im Besonderen werden vom Gutachter nur wenige, minder wesentliche Punkte anders gewünscht. Einmal sind es die §§ 1927—1930, für die er eine andere, sie mehr in Uebereinstimmung untereinander bringende Fassung wünscht, sodann will er im § 1932 Abs. 2 eine reichsgesetzliche Vorschrift eingeschaltet, und § 1933 Abs. 2 in die gegentheilige Bestimmung umgeändert wissen.

Der Erbvertrag des Entwurfes ist ein erbrechtliches Institut mit dem Inhalte und Zwecke der Schaffung eines Delationsgrundes der Erbschaft für den Vertragserben, wie es durch das Testament für den Testamentserben der Fall ist. Darnach sind die Bestimmungen hinsichtlich der letztwilligen Verfügungen hierher analog anzuwenden und nur die Besonderheiten hervorzuheben, die sich hier hauptsächlich aus der Vertragsnatur im Gegenhalte zum einseitigen Testamentswillen ergeben. Diese besonderen Bestimmungen des Entwurfes hält der Gutachter weder für zu zahlreich, noch für unangemessen. „Eher könnte man fragen", schließt er, „ob nicht auch der eine oder der andere in den Motiven als fraglich gestreifte oder sonst in der Literatur als kontrovers behandelte Punkt durch eine weitere gesetzliche Bestimmung hätte festgestellt werden sollen." Allein auch dies wird verneint, um das Gesetzbuch nicht allzu kasuistisch werden zu lassen.

[44]) Heft VI. (Dezember 1888) S. 470—486.

Nachdem die Grundlagen und die wesentlichsten speziellen Bestimmungen gesetzlich feststehen, werde für etwaige noch auftauchende Zweifelsfragen die Rechtsprechung leicht aus den gegebenen Grundlagen die Entscheidung zu finden vermögen, so daß weder Abänderungen, noch Zusätze zu beantragen seien.

Vierter Abschnitt.

Gesetzliche Erbfolge. (§ 1964—2018.)

§ 29.

In seinem Gutachten über „Gesetzliche Erbfolge und Pflichttheil" beanstandet Justizrath Wilke[45]) in Berlin, der nach einer kritischen Erörterung dieser Lehre den Entwurf im Großen und Ganzen für annehmbar, und dessen, eine Vereinfachung des Rechtsstoffes enthaltenden Bestimmungen für sorgfältig durchgearbeitet und verständlich gefaßt erklärt, folgende Punkte.

1. Es ist inkonsequent, daß nach § 1968 Abs. 2 bei der Erbfolge in der dritten Linie, wenn nur ein Großelterntheil[46]) lebt, dieser allein erben soll, während — entsprechend dem § 1966 Abs. 3 — in diesem Falle die mit dem Erblasser am nächsten verwandten Abkömmlinge des anderen Elterntheils die eine Hälfte und der überlebende Großelterntheil ebenfalls eine Hälfte des Nachlasses erben müßten (S. 984 ff.).

2. Wünschenswerth wäre eine Begrenzung des Intestaterbrechts auf gewisse Verwandtenkreise (S. 985).

3. Nicht zu billigen ist die Versagung eines Erbrechtes der natürlichen Kinder gegenüber ihrem Vater (S. 985 ff.).

4. Nicht die eingetretene Rechtskraft des Scheidungsurtheils, sondern die Anstellung der Scheidungsklage soll als Aufhebungsgrund für das Erbrecht des Ehegatten gelten (S. 986 ff.).

5. An Stelle des Fiskus dürfte besser die Gemeinde als letzter Erbe berufen werden (§ 1974 mit Anm. 1) (S. 987).

6. Die für den Fiskus gegebenen Ausnahmebestimmungen sind grundlos (S. 988).

---

[45]) Heft XI. (Juni 1889) S. 975—1014.

[46]) Der Verfasser wünscht an Stelle der Ausdrücke: Eltern- und Großelterntheil die gangbaren Worte: Vater, Mutter, Großvater und Großmutter, wenn auch hier und da einige Worte mehr gebraucht werden müßten (S. 984).

7. Die Auffassung des Entwurfs, wonach der Pflichttheilsanspruch nur den Charakter eines bloßen Werthanspruchs hat, und nicht den eines Erbfolgerechts, ist ethisch nicht gerechtfertigt (S. 989 ff.).

8. Nicht zu billigen ist die Vorschrift des § 1988, daß ein zwischen dem Erblasser und dem Pflichttheilsberechtigten über die Befreiung des Erben von der einen oder der anderen seiner hier begründeten Verbindlichkeiten geschlossener Vertrag unwirksam sei (S. 997).

9. Wegen Ungenauigkeit des Eingangs des § 1996 Abs. 1 wird die Fassung vorgeschlagen:

„Hat der Pflichttheilsberechtigte von der Befugniß Gebrauch gemacht, ein ihm zugedachtes Vermächtniß oder die Erbfolge auszuschlagen, so ist ꝛc." (S. 999).

10. Die Bestimmung des § 2004, wonach die Entziehung des Pflichttheils unwirksam wird, wenn nachher Verzeihung erfolgt, ist deshalb sehr bedenklich, weil man dabei nicht blos an eine ausdrückliche Verzeihung oder Aussöhnung gedacht hat, sondern auch die bloß aus den Umständen zu folgernde stillschweigende Verzeihung für genügend ansehen will (Motive S. 443). Es empfiehlt sich daher, in Uebereinstimmung mit dem Preußischen Landrecht, eine formelle, vorbehaltlose, ausdrückliche Verzeihung zu fordern (S. 1003 ff.).

11. Die Weglassung einiger gemeinrechtlicher Enterbungsgründe ist nicht gerechtfertigt (S. 1005).

12. Ungerechtfertigt ist die Beschränkung des Ausschließungsgrundes auf den in einer Strafsache geleisteten Meineid (S. 1005).

13. Ungerechtfertigt ist die dem Erblasser gegebene Befugniß, (§ 2001 Nr. 7), dem Abkömmling den Pflichttheil zu entziehen, wenn er ohne die erforderliche Erlaubniß geheirathet hat (S. 1006).

14. Nach § 2005 kann der Erblasser seinem Ehegatten den Pflichttheil entziehen, wenn dieser einer das Recht auf Scheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett begründenden Handlung sich schuldig gemacht hat, doch soll die Entziehung unwirksam sein, wenn zur Zeit des Erbfalls jenes Scheidungs- oder Trennungsrecht nicht mehr bestand. Nach § 1447 erlischt dieses Recht, wenn nicht innerhalb sechs Monaten Klage erhoben ist. Die Gleichstellung des Verlusts des Klagerechts mit der Verschuldung wird vom Gutachter mißbilligt (S. 1007).

15. Die in § 2002 (Enterbung aus guter Absicht) neben der Verschwendungssucht des Erben alternativ als Enterbungsgrund an-

geführte Ueberschuldung (S. 1008) ist im Entwurf zu eng gefaßt (S. 1008).

16. Die Anwendbarkeit des § 2002 darf nach dem System des Entwurfs nicht von der Berufung des Pflichttheilsberechtigten als „Erben" abhängig gemacht werden (S. 1009).

17. Der Abs. 3 des § 2002: „Die Anordnung der Nacherbfolge ist unwirksam, wenn der dieselbe rechtfertigende Grund zur Zeit des Erbfalls nicht mehr vorhanden ist," ist eine unnöthige, zu weit gehende Neuerung (S. 1009).

18. Das Recht des Pflichttheilsberechtigten zur Anfechtung von Schenkungen unter Lebenden (sog. außerordentlicher Pflichttheil, § 2009—2018) soll nach dem Gutachten auf die Fälle beschränkt werden, in welchen die Absicht des Schenkers auf Schädigung des Pflichttheilsberechtigten gerichtet war (S. 1010 ff.).

19. Die Anfechtbarkeit muß auf die in den letzten Jahren vor dem Erbfall vorgenommenen Schenkungen beschränkt werden (S. 1011).

20. Schließlich erachtet das Gutachten die zahlreichen Bestimmungen über den außerordentlichen Pflichttheil für viel zu komplizirt für einen in der Praxis ziemlich selten vorkommenden Fall, und glaubt, daß eine befriedigende Lösung der Sache mit der analogen Anwendung der Grundsätze von Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner herbeigeführt werden könne (S. 1014).

Anhang.

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 30.

Hartmann in Nürnberg hat den „Entwurf des Einführungsgesetzes"[47]) einer eingehenden Besprechung unterzogen und gelangt zu folgenden Resultaten:

1. Art. 3 ist überflüssig und nicht unbedenklich.
2. Art. 6 gehört in den § 39 des B. G. B.
3. Die Sonderbestimmung des Art. 7 erscheint überflüssig, sobald die Bestimmung des § 107 die entsprechende Fassung erhält:

[47]) Heft XIV. (Oktober 1889) S. 1227—1272.

„Jede Uebertragung, Aufhebung, Belastung eines Rechts oder einer Sache, welche gegen ein zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienendes gesetzliches oder von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit erlassenes Veräußerungsverbot verstößt, ist gegenüber diesen Personen unwirksam, mag dieselbe durch Rechtsgeschäft, Urtheil oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes erfolgt sein."

4. Art. 11 § 293 ist als zu eng und zu unklar zu beanstanden. Es empfiehlt sich folgende Fassung des Abs. 2:

„Die Entscheidung über eine geltend gemachte Aufrechnung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, für welchen dieselbe geltend gemacht ist."

5. Für die Bestimmung der §§ 135, 192 Abs. 2 Entwurf und § 238 (Einführungsgesetz) empfiehlt sich, zu setzen:

„Die Vorschriften, welche dem gutgläubigen Rechtserwerb von Dritten Nichtberechtigten Rechtsschutz gewähren, finden entsprechende Anwendung."

6. Der Eingang des § 435 Abs. 2 soll lauten:

„Minderjährige, welchen der gesetzliche Vertreter gestattet in ein Dienst- und Arbeitsverhältniß zu treten, oder welche mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts selbstständig ein Erwerbsgeschäft betreiben, stehen, soweit nicht die Ausnahmsfälle der §§ 1511, 1513, 1674, 1676 in Frage stehen, hinsichtlich der Zuschiebung oder Zurückschiebung von Eiden prozeßfähigen Volljährigen gleich. Außerdem kann Minderjährigen u. s. w."

7. Die Bestimmungen der §§ 627a—627c sind nicht ausreichend. Es ist ein Zusatz geboten:

„Eine Anfechtungsklage, in welcher das Verfahren länger als ein Jahr geruht hat, ohne daß einer der gesetzlichen Unterbrechungsgründe vorliegt, gilt als zurückgenommen."

8. Die Bestimmung des § 627a Satz 2, wonach im Falle des Todes einer Partei vor der Rechtskraft des Urtheils, der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen sei, ist hart und steht mit den Forderungen des öffentlichen Interesses nicht im Einklang.

9. Im § 73 C. Pr. O. ist neben dem Besitzer der Inhaber zu nennen.

10. Zwischen § 83 und 121 Abs. 3 C. Pr. O. besteht ein unbegründeter Widerstreit.

11. Im § 217 C. Pr. O. ist der Testamentsvollstrecker zu erwähnen. Abs. 2 soll lauten:

> „Wird die Aufnahme verzögert, so können die Rechtsnachfolger, und sofern der Rechtsstreit ein zum Nachlasse gehöriges Recht betrifft, und ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, dieser zur Aufnahme — geladen werden."

12. Bei den Bestimmungen der §§ 274, 503, 563 und 655 dürfte zu wahren sein, daß der Kläger nicht blos zum Rückersatz des auf Grund des Urtheils Empfangenen, sondern auch zur Zahlung von Zinsen vom Tag der Leistung an, vorbehaltlich weiterer Schadensersatzansprüche, zu verurtheilen sei.

13. Zu §§ 801, 807 und 808 C. Pr. O. ist die Entschädigungspflicht des widerrechtlichen Arrest Anlegenden zu regeln.

14. Art. 13 § 178 ist zu streichen.

15. Art. 24 § 9. Statt der Worte: „die gesetzlichen Vorschriften" ist zu setzen: „die Vorschriften der Reichsgesetze 2c.".

16. Zu Art. 42 begründet der Verfasser die Nothwendigkeit reichsgesetzlicher Normirung des Enteignungsrechts.

17. Die völlige Ueberlassung des Gesinderechts (Art. 46) an die Landesgesetzgebungen bewirkt eine, keineswegs gebotene Störung der Rechtseinheit.

18. Art. 56 ist zu streichen, da die Frage der Haftung des Staats für den von seinen Beamten zugefügten Schaden, reichsgesetzlich zu regeln ist, und in dieser Beziehung der § 46 B. G. B. genügt.

19. Zu Art. 58 ist statt: „die Vorschriften der Landesgesetze" zu setzen: „die landesrechtlichen Bestimmungen."

20. Beantragt wird, den Art. 65: Unberührt bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über den Anspruch auf Rückerstattung von öffentlichen Abgaben und Kosten eines Verfahrens, zu deren Entrichtung eine Verpflichtung nicht bestand — zu streichen, oder doch ihm den Zusatz beizufügen:

> „jedoch nur insoweit, als hierdurch die Betretung des Rechtswegs nicht verschlossen ist."

21. Art. 73 ist so zu fassen:

> „Unberührt bleiben die landesrechtlichen Bestimmungen, welche ein Sondereigenthum oder ein ausschließliches Benützungsrecht an räumlich ausgeschiedenen Theilen eines Gebäudes anerkennen.

22. Art. 83 dürfte dahin zu fassen sein:
„Unberührt bleiben die landesrechtlichen Bestimmungen über die bäuerliche Erbfolge, jedoch mit dem Abmaße, daß beim Vorhandensein mehrerer Erben einer der Erben (Anerbe) die Ueberlassung des zum Nachlasse gehörigen Guts (Anerbenguts) nur gegen Ersatz eines gewissen Werths beanspruchen kann."

23. Art. 84 muß einen Zusatz dahin erhalten:
„Die unter Ziff. 1 (Grundsätze über Werthsermittelung) aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften greifen nur in soweit Platz, als hierdurch die Pflichttheilsrechte der Miterben nicht verletzt werden."

Unvereinbarlich hiermit ist Art. 85 Abs. 2.

24. Eine Bestimmung, welche die landesrechtlichen Normen über die Brandversicherung von Gebäuden aufrecht erhält, ist nicht zu entbehren.

25. Zu Art. 103 wird mit Rücksicht auf einen in den Motiven ausgesprochenen Grundsatz folgende Fassung vorgeschlagen:
„Bei Schuldverhältnissen werden Voraussetzungen und Wirkungen der dieselben beeinflussenden rechtlichen Thatsachen nach dem Gesetze beurtheilt, unter welchem sie zur Entstehung gelangen. Auf Spiel- und Wettverträge findet das Bürgerliche Gesetzbuch sofortige Anwendung."

26. Für Art. 108 wird beantragt:
„Das zum Zwecke der Anlegung der Grundbücher einzuhaltende Verfahren wird für jeden Bundesstaat durch eine innerhalb drei Monaten von Verkündigung des gegenwärtigen Gesetzes an zu erlassende landesherrliche Verordnung bestimmt."

Mit Rücksicht hierauf erhält denn auch Art. 1 des Einf. G. den Zusatz:
„Die Bestimmungen des § 108 Abs. 1 und 2 treten sofort mit der Verkündigung des gegenwärtigen Gesetzes in Kraft."

Der Entwurf eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dargestellt*) im Auftrag des Deutschen Anwaltvereins von Dr. Klöppel, Rechtsanwalt beim Reichsgericht, Privatdozent an der Universität Leipzig.

Vorbemerkungen.

Der Entwurf zählt 2164 Paragraphen, wozu noch 129 Artikel des Entwurfs eines Einführungsgesetzes kommen. Die bloße Zahlenvergleichung mit den 2281 Artikeln des Code civil und den 2620 Paragraphen des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs gibt indeß kein richtiges Bild von dem Umfange des Entwurfs, da sehr viele Paragraphen desselben den Raum einer halben bis ganzen Druckseite einnehmen und nach der Redaktionsweise der verglichenen Gesetzbücher in eine viel größere Zahl von Paragraphen zerlegt werden müßten. — Von den fünf Büchern, in welche der Entwurf eingetheilt ist, behandelt Buch I. (bis § 205 einschließlich) den Allgemeinen Theil, II. (bis § 777) das Recht der Schuldverhältnisse, III. (bis § 1226) das Sachenrecht, IV. (bis § 1632) das Familienrecht, V. das Erbrecht. Die Bücher zerfallen in Abschnitte, diese in Titel. Der Entwurf zum Einführungsgesetz zerfällt in vier Abschnitte, von welchen der erste (Art. 1—8) allgemeine Vorschriften, der vierte (Art. 102 bis 129) Uebergangsbestimmungen enthalten, der zweite (Art. 9—31) das Verhältniß des Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen, der dritte (Art. 32—91) das Verhältniß desselben zu den Landesgesetzen behandelt.

*) Unter Benutzung des in der Juristischen Wochenschrift 1888 über den allgemeinen Theil und das Sachenrecht veröffentlichten Berichts des Rechtsanwalts Guttmann zu Wiesbaden.

Der Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch hat nicht den gesammten Stoff des Privatrechts aufgenommen. Drei Rechtsmassen sollen neben demselben fortbestehen:

1. Handelsgesetzbuch und Wechselordnung. Dazu wird nach den Mittheilungen der öffentlichen Blätter ein umfassendes Versicherungsgesetz treten. Auch das Verlagsrecht ist im Entwurf nicht geordnet; ebensowenig das Recht der Binnenschifffahrt (vgl. jedoch §§ 1196—1205). Der Gegensatz von bürgerlichem und Handelsrecht verliert jedoch, wenn der Entwurf Gesetz wird, bedeutend an Schärfe. Von einem Gegensatz konnte man überhaupt nicht sprechen, insoweit das Handelsgesetzbuch besondere Verhältnisse des Handelsstandes (das eigentliche Kaufmannsrecht) regelt: das Firmenwesen, die Stellung der Handlungsgehilfen, die Beziehungen der eigenartigen kaufmännischen Gesellschaften und Gewerbe, sowie den Seeverkehr. Die Aufnahme dieser Vorschriften in das allgemeine Gesetz ist freilich möglich, wie das neue eidgenössische Obligationenrecht beweist. Indeß handelt es sich dabei, sofern nur Gleichheit der allgemeinen Rechtsgrundsätze herrscht, praktisch nicht um viel mehr als um eine Platzfrage. Groß ist aber die Kluft, die hauptsächlich durch die Art. 306 ff. und 317 Handelsgesetzbuch zwischen dem Handels- und dem übrigen Recht entstanden ist. Das gemeine Recht hat zwar auch die Formfreiheit der Rechtsgeschäfte, aber den starken römischen Eigenthumsschutz. Der Code civil hat umgekehrt die Regel: „Hand wahre Hand"; aber seine Bestimmungen über den Ausschluß des Zeugenbeweises wirkten — wenigstens bis zur Einführung der Civilprozeßordnung — für Willenserklärungen über Werthe von mehr als 150 Frcs. wie ein Gebot der Schriftlichkeit. Endlich giebt das Preußische Allgemeine Landrecht zahlreiche und verwickelte Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte — und dem Eigenthümer allerdings nicht die unbedingte Klage gegen den gutgläubigen Erwerber, aber das Recht, von ihm die Sache gegen Erstattung seiner Kosten auszulösen. Der Entwurf befreit dagegen die Rechtsgeschäfte, wenige Ausnahmen abgerechnet, vom Formenzwang und läßt den Grundsatz „Hand wahre Hand" genau in dem Umfang, wie das Deutsche Privatrecht, gelten. So bequemt sich wieder einmal das jus civile dem jus gentium, dem Handelsrecht, an.

Zahlreiche Vorschriften in Buch 4, Tit. 1, Abschnitt 2—4 des Handelsgesetzbuches werden bei dessen angekündigter Ueberarbeitung gänzlich fortfallen können, weil sie sich jetzt übereinstimmend im Ent-

wurf finden. In Bezug auf andere hierher gehörige Gegenstände weicht der Entwurf vom Handelsgesetzbuch ab, ohne daß sachliche Gründe die Verschiedenheit rechtfertigen; z. B. fehlt eine dem Art. 329 des Handelsgesetzbuches entsprechende Bestimmung. Eine weitere Ausgleichung, die für den Verkehr von hoher Bedeutung sein wird, muß § 659 des Entwurfs zur Folge haben. Danach kann für jede an sich nicht handelsrechtliche Gesellschaft, die den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zum Zwecke hat, die Anwendbarkeit des Rechtes der offenen Handelsgesellschaft vereinbart werden. Damit werden alle für diese, überhaupt alle in Ansehung der Kaufleute gegebenen Vorschriften, also auch die über Firmen- und Registerwesen, anwendbar. Bauunternehmer, landwirthschaftliche Gewerbetreibende, die mit selbsterzeugtem Material arbeiten, (Spiritusbrenner u. s. w.), werden vorzüglich von dieser Freiheit Gebrauch machen.

2. Die besonderen Reichsgesetze, — soweit dieselben nicht Gegenstände betreffen, die der Entwurf aufgenommen hat, wie z. B. das Gesetz vom 17. Februar 1875, betr. das Alter der Großjährigkeit, oder wie das Personenstandsgesetz, dessen auf das Verfahren bezügliche Theile gleichzeitig durch Art. 28 des Entwurfs zum Einführungsgesetz in einer Reihe von Bestimmungen abgeändert werden. Eine große Zahl von Veränderungen und Ergänzungen erhält durch Art. 11 dieses Entwurfs die Civilprozeßordnung, durch Art. 12 das Einführungsgesetz zu derselben, durch Art. 13 die Konkursordnung, durch Art. 16 das Strafgesetzbuch, durch Art. 17 die Strafprozeßordnung, durch Art. 18 die Gewerbeordnung, durch die Art. 19—27, 29, 30 verschiedene andere Reichsgesetze. Unberührt bleiben die Gesetze über das Urheberrecht.

3. Das Landesrecht in den Grenzen, die der Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Verbindung mit dem Entwurf zum Einführungsgesetz ihm anweist. Unberührt bleiben nach Art. 33 des letzteren in Ansehung der Landesherren und ihrer Familien die Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze, nach Art. 34 in Ansehung der Familienverhältnisse und Güter der vormals reichsständischen Häuser und des ehemaligen Reichsadels, die Landesgesetze und nach deren Maßgabe die Hausverfassungen, nach Art. 35 die Vorschriften der Landesgesetze über Familienfideikommisse, Lehen- und Stammgüter, nach Art. 38 über das Bergrecht, nach Art. 39, 40 über das Wasser-, Mühlen-, Flötz-, Flößerei-, Deich- und Sielrecht, nach Art. 41 über das Agrarrecht, nach Art. 42 über Zwangsent-

eignung, nach Art. 43 über Jagd-, Fischerei- und Wildschaden, nach Art. 44 über Zwangs- und Bannrechte und Realgewerbberechtigungen, nach Art. 45 über Regalien, nach Art. 46 über das Gesinderecht, nach Art. 59 über den mit der Ueberlassung eines Gutes in Verbindung stehenden Leibgedings-, Leibzuchts-, Altentheils- oder Auszugsvertrag; nach den Art. 84—86 mit gewissen Einschränkungen das Anerbenrecht.

Das Recht der Personenvereine und Stiftungen wird nicht erschöpfend geregelt. Der Entwurf beschränkt sich vielmehr darauf, einige Grundsätze über die Verfassung der juristischen Personen aufzustellen und das Uebrige dem Landesgesetz zu überlassen. Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verwaltung und Beaufsichtigung der juristischen Personen werden durch Art. 49 des Entwurfs zum Einführungsgesetz ausdrücklich aufrecht erhalten. Ueber die Rechtsstellung des Fiskus wird nur bestimmt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zusteht, unberührt bleiben.

Auch in den Materien, die der Entwurf vollständig regelt, sind einzelne Fragen der Landesgesetzgebung überlassen; vor allem die Bestimmung des religiösen Bekenntnisses, in welchem ein Kind zu erziehen ist (§ 1508) und die instruktionellen Vorschriften über die ordentliche Testamentsform (§ 1914). Unberührt bleiben nach Art. 55 des Entwurfs zum Einführungsgesetz die Vorschriften der Landesgesetze, nach welchen ein Beamter wegen des aus fahrlässiger Verletzung einer Amtspflicht entstandenen Schadens erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn auf andere Weise Ersatz nicht zu erlangen ist, und nach Art. 56 über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Communalverbände für den von ihren Beamten zugefügten Schaden; nach Art. 64 über den Ersatz des Schadens, welcher bei einer Zusammenrottung, einem Auflauf oder einem Aufruhr entstanden ist; nach Art. 76 über lastenfreie Abschreibung von abveräußerten Theilen eines Grundstücks nach behördlicher Ausstellung von Unschädlichkeitszeugnissen und die Haftung von Reallasten auf getheilten Grundstücken nach Art. 70 über Untersagung oder Beschränkung der Zertheilung gewisser Grundstücke im öffentlichen Interesse. Soweit das landesgesetzliche Nachbarrecht in seinen Beschränkungen über das des Entwurfs hinausgeht, bleibt es nach § 866 bestehen. Nach Art. 73 des Entwurfs zum Einführungsgesetz bleiben die Landesgesetze unberührt, welche bei einem gemeinschaftlichen, mit

einem Gebäude versehenen Grundstück eine derartige gegenseitige Belastung der Antheile der Miteigenthümer zulassen, daß den einzelnen das Recht zusteht, bestimmte Theile des Gebäudes ausschließlich zu benutzen, — und in diesem Fall das Gemeinschaftsverhältniß näher regeln, nach Art. 74, 75, 36, 77 die Vorschriften der Landesgesetze über die gesetzlichen Hypothekentitel des Fiskus, den Vorrang von Landeskreditanstalten, die ausnahmsweise Zulässigkeit von Revenüenhypotheken, die Wiederherstellung zerstörter Gebäude, nach Art. 79 die landesgesetzlichen Vormundschaftsrechte des Vorstandes einer von Staat oder Gemeinde verwalteten Verpflegungsanstalt, in welche ein Minderjähriger aufgenommen ist, nach Art. 90 (zu § 1892) die Verpflichtung der Notare zur Annahme des Amtes eines Testamentsvollstreckers, nach Art. 91 endlich die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zuständigkeit der Behörden und Beamten in Angelegenheiten der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit; insbesondere können die Verrichtungen des Nachlaßgerichts landesgesetzlich einer anderen Behörde als dem Amtsgericht beigelegt werden.

Endlich sind eine Reihe von Ausführungsvorschriften dem Landesrecht überlassen; nach § 280 Vorschriften über das Hinterlegungswesen, § 851 das Verfahren bei der Abmarkung der Grenzen von Nachbargrundstücken, §§ 1105, 1123 Vorschriften über Aufgebot von Hypotheken-Gläubigern und -Urkunden.

Zugleich mit dem Privatrecht regelt der Entwurf auch das materielle Aktionenrecht, hauptsächlich viele Fragen der Beweislast. Zahlreiche Streitfragen sind dabei entschieden, meist im Sinne der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts. Der Entwurf giebt endlich viele Bestimmungen über das Verfahren, namentlich der freiwilligen, aber auch der streitigen Gerichtsbarkeit. Dahin gehören die mannigfachen Vorschriften über Aufgebote, z. B. bei Todeserklärungen §§ 5 ff., über Selbsthülfe (§ 189), Beweissicherung (§ 102), Volljährigkeitserklärung (§ 27), Eintrag von Vormerkungen (§§ 845 f.), eherechtliches Register (§§ 1435 ff.), Fürsorge des Nachlaßgerichts (§§ 2058 ff.), Ertheilung des Erbscheins (§§ 2068 ff.) 2c. Daneben werden große Reichsausführungsgesetze, die hinwiederum auch noch privatrechtliche Vorschriften enthalten werden, vorbereitet; insbesondere eine Grundbuchordnung, ein Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Liegenschaften, ein Gesetz über das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit u. s. w.

Eine Reichsnotariatsordnung wird nicht angekündigt, und nach

dem erwähnten Vorbehalt zu § 1924 muß man annehmen, daß sie nicht geplant ist. Die Lebensbedingungen des Notariats sind durch den Entwurf, trotzdem er für Verträge den Grundsatz der Formfreiheit ausspricht, gesichert. Für manche Theile Deutschlands, wie z. B. Nassau, werden sie erst geschaffen. Zum wenigsten wird das Notariat den Raum behalten oder erringen, den es jetzt im Gebiet der preußischen Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 einnimmt. Soweit es in Süd- und Westdeutschland noch einflußreicher ist, wird es in seinem Besitzstand durch den Vorbehalt des Art. 91 des Entwurfs zum Einführungsgesetz geschützt.

Allgemeiner Theil.

Der erste Abschnitt des ersten Buches (§§ 1. 2) handelt von den Rechtsnormen. Der zweite (§§ 3—40) von den Personen in fünf Titeln: Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit (§§ 3, 4), Todeserklärung (§§ 5—24), Altersstufen und Entmündigung (§§ 25—29), Verwandtschaft und Schwägerschaft (§§ 30 — 33) und Wohnsitz (§§ 34—40); der dritte Abschnitt (§§ 41—63), von den juristischen Personen. Der vierte (§§ 64—143) von den Rechtsgeschäften in zehn Titeln: Geschäftsfähigkeit (§§ 64—71), Willenserklärung (§§ 72—76), Vertragschließung (§§ 77—90), Form der Rechtsgeschäfte (§§ 91—94), Willensmängel (§§ 95—104), unerlaubte Rechtsgeschäfte (§§ 105—107), Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte (§§ 108—114), Vertretung und Vollmacht (§§ 115—126), Einwilligung und Genehmigung (§ 127), Bedingung und Befristung (§§ 128—143); der fünfte Abschnitt (§§ 144—146), von Fahrlässigkeit und Irrthum, der sechste (§§ 147—153), von Zeitbestimmungen, der siebente (§§ 154—185) von der Anspruchsverjährung, der achte von Selbstvertheidigung und Selbsthilfe, der neunte (§§ 190—192) vom Urtheil, der zehnte (§§ 193—198), vom Beweis, der elfte (§§ 199—205), von der Sicherheitsleistung.

Im Einklang mit allen neueren Gesetzgebungen läßt der Entwurf die Uebung nicht als allgemeine und unbeschränkte Bildungsform des Rechts zu. Gewohnheitsrecht soll nur in so weit Kraft haben, wie das Gesetz darauf verweist. Der Entwurf verweist nie darauf; wohl aber z. B. das Landesrecht in seinen weiter geltenden Theilen oder Art. 1 Handelsgesetzbuch, — dessen Fortbestand freilich nicht sicher ist. Soweit das Gewohnheitsrecht geduldet wird, kann sich auch

neues entwickeln; doch dürfen seine Normen nicht dem Gesetz widerstreiten. Ebensowenig darf es praeter legem entstehen. Das allgemeine Landrecht unterscheidet — im Gegensatz zum Entwurf — Arten des Gewohnheitsrechts und mißt zwar nicht der allgemeinen, wohl aber der Gewohnheit engerer Kreise, den Observanzen, die Fähigkeit bei, zu bestimmen, was die Gesetze unentschieden gelassen haben. Diese Vorschrift verliert, wenn der Entwurf Gesetz wird, auch für die Materien ihre Bedeutung, die der landesrechtlichen Regelung nicht entzogen werden. Haben sich also z. B. im Preußischen Fischereirecht Observanzen praeter legem gebildet, so werden sie durch das Inkrafttreten des Deuschen Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berührt. Neue Observanzen praeter legem können jedoch auch innerhalb dieser Materie nachher nicht mehr Geltung gewinnen; denn die allgemeinen Rechtslehren des Entwurfs werden auch das vorbehaltene Landesrecht beherrschen.

Die Ausfüllung von Lücken, die sich im Reichs- oder Landesgesetz finden, wird dem Richteramt anvertraut, das dabei an der Hand rechtsähnlicher Bestimmungen vorzugehen hat und in deren Ermangelung die Grundsätze befragen muß, die sich aus dem Geist der Rechtsordnung ergeben. Derartige Vorschriften haben auch in früheren Gesetzgebungen nicht gefehlt; aber sie werden jetzt auf einen empfänglicheren Boden fallen. Denn der Richter hat inzwischen in der Schule des mündlichen Verfahrens freie und selbständige Bewegung gelernt.

Die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechts, die noch der badische Gesetzgeber verordnet hat, erscheint — abgesehen von dem vorbehaltenen Landesrecht — ebenso als beseitigt, wie die Partikularrechte. Wenn sich das Reich einer Materie in der Absicht erschöpfender Regelung bemächtigt, so wird alles einschlagende, nicht nur das geradezu widersprechende Landesrecht gebrochen. Da sich indeß der Entwurf über die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts nicht äußert, werden dieselben unter der Herrschaft des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs ebenso wie unter der des Allgemeinen Landrechts und des Code civil in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht festgestellt werden. Ueber den Beweis des Gewohnheitsrechts entscheidet die Civilprozeßordnung.

Autonomie und Privilegien sind dem Entwurf nicht fremd, eine Theorie dieser Institute wird jedoch nicht gegeben. Privatrechtliche Autonomie eignet den Bundesstaaten; die des hohen Adels wird im

Entwurf des Einführungsgesetzes begrenzt; soweit noch privatrechtliche Autonomie der Körperschaften innerhalb der Grenzen des vorbehaltenen Landesrechts besteht, wird sie nicht angetastet. Als Privilegien kommen die Volljährigkeitserklärung, die Verleihung der Rechtspersönlichkeit an juristische Personen und die Ehelicherklärung natürlicher Kinder vor. Auch Dispensationen begegnen, z. B. von Ehehindernissen. Wer der Inhaber der Privilegienhoheit und der Dispensationsgewalt ist, sagt theils der Entwurf, theils das öffentliche Recht der Einzelstaaten.

Ueber Retorsion, über Auslegung der Gesetze und über Statutenkollision wird nichts verordnet. Uebergangsbestimmungen, welche die Wirkung der neuen Vorschriften auf die dann bereits bestehenden Rechtsverhältnisse betreffen, wird das Einführungsgesetz bringen.

Die bisherigen Rechte haben festzustellen versucht, wann eine menschliche Bildung vorliegt: durch Ausschluß der Mißgeburten, durch das Erforderniß der Lebensfähigkeit und durch Vorschriften über Todtgeborene oder Zwitter. Künftighin soll lediglich die medizinische Wissenschaft darüber befinden. — Die Zeit der Geburt und des Todes soll der Richter nach freier Ueberzeugung feststellen. Die Beweisvorschriften über Zwillingsgeburten und Commorienten fallen fort.

Auch sonst hat Leben oder Tod eines Menschen und die Zeit des Todes zu beweisen, wer sich darauf beruft. Doch wird, wenn Leben oder Tod Jemandes ungewiß ist und es sich um Anfälle von Todes wegen an ihn handelt, ohne weiteres angenommen, daß er mit Ablauf seines siebenzigsten Lebensjahres gestorben ist. Gegenbeweis ist statthaft. Dieselbe Vermuthung greift bezüglich der Vermögensvortheile, die nach dem Tode eines Ehegatten dem Ueberlebenden gebühren, Platz, wenn ungewiß ist, ob der eine den andern überlebt hat. Ist also die Ehefrau verschollen und stirbt der Mann, bevor 70 Jahre seit ihrer Geburt verflossen sind, so wird das Witthum, das er ihr ausgesetzt hat, nicht hinfällig.

Dagegen ist die Beerbung eines verschollenen Deutschen erst nach Todeserklärung zulässig. (Die Verschollenheitserklärung des französischen Rechts ist abgelehnt.) Verschollen ist ein Abwesender, von dessen Leben in der gesetzlichen Frist keine Nachricht gekommen ist. Die Todeserklärung erfolgt durch Ausschlußurtheil, das nach § 834 Civilprozeßordnung anfechtbar ist, auf Antrag des Abwesenheitspflegers, Vormundes, Ehegatten und Jedermanns, der ein rechtliches

Interesse hat. Die erforderlichen Ermittelungen, die wie im Entmündigungsverfahren nöthigenfalls von amtswegen geschehen, müssen vorhergehen, desgleichen — abgesehen von Kriegs- und Seeverschollenheit — ein Aufgebot.

Die Todeserklärung weicht dem einfachen Nachweis des Gegentheils. Sie wirkt konstitutiv; mit ihrer Entlassung gilt der Betreffende als verstorben. Auch wenn er noch lebt, erlischt die Vormundschaft über ihn (§§ 1703 Abs. 1 Ziffer 1, 1735 Abs. 1, 1737 Abs. 3, 1743), endet seine elterliche Gewalt (§ 1557 Abs. 2), seine eheliche Nutznießung und Verwaltung, wenn er nach dem Güterrechte des Entwurfs, d. h. in Gütertrennung und Verwaltungsgemeinschaft, lebt (§ 1327), endet auch die ehevertragliche Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1430). Dagegen wird das Eheband selbst nicht schon durch die Todeserklärung zerrissen (§ 1464), sondern erst durch gutgläubige Eingehung einer neuen — nicht etwa nichtigen — Ehe seitens des andern Theils. Durch die neue Ehe wird auch erst die etwaige Gütergemeinschaft mit dem Todterklärten aufgelöst, wenngleich dessen Erben vielleicht schon vorher eine thatsächliche Auseinandersetzung mit dem andern Ehegatten vorgenommen haben (§ 1371 Ziffer 1). Kehrt der Todterklärte zurück, so kann er die Wiederherstellung der elterlichen Gewalt (§ 1560) und des ehelichen Güterstandes (§§ 1332, 1430) fordern, ebenso von seinen Erben die Herausgabe des Vermögens (§§ 2089, 2084 ff.).

Greift auf diese Weise die Rechtsordnung dem natürlichen Tode vor, so tritt umgekehrt ihre Fürsorge unter Umständen noch vor dem Beginn des Lebens ein. Der Satz: nasciturus pro iam nato habetur gilt zwar nicht überall, wo es sich um Vortheile des Ungeborenen handelt. Aber z. B. im Erbrecht hat er eine Stätte. Wer zur Zeit des Erbfalls schon empfangen ist, wird gesetzlicher Erbe (§ 1964), kann als Erbe und Nacherbe eingesetzt und mit Vermächtnissen bedacht werden (§§ 1758, ferner 1867, 2026, 2059, 2154). Gegen denjenigen ferner, der schuldhaft tödtet, hat auch eine Person, welche zur Tödtungszeit erst empfangen ist, einen Schadensanspruch, wenn sie von dem Getödteten, z. B. dem natürlichen Vater (§ 1571), nach dem Gesetz hätte unterhalten werden müssen (§ 723). Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht empfangen ist, kann zum Nacherben, aber nicht zum Erben ernannt und mit Vermächtnissen bedacht werden (§ 1758). Die Rechte der Ungeborenen werden erforderlichen Falls durch Pfleger geschützt (§§ 1741, 1742, 1748).

Nachdem der bürgerliche Tod in den deutschen Gebieten des französischen Rechts längst beseitigt ist, haben nur noch die Klosterpersonen nach gemeinem und preußischem Recht geminderte Rechtsfähigkeit. Wie der code civil und das Sächsische Gesetzbuch verzichtet der Entwurf auf diese Beschränkung, vorbehaltlich der nach Art. 48 des Entwurfs zum Einführungsgesetz unberührt bleibenden landesgesetzlichen Vorschriften über Schenkungen an Mitglieder religiöser Orden und den Erwerb zur todten Hand.

Die Rechtsverschiedenheiten der beiden Geschlechter auszugleichen, ist auf einer gewissen Entwickelungsstufe Tendenz des Privatrechts. Die römischen Interzessionsprivilegien der Frauen, die noch das Sächsische Gesetzbuch beibehalten hat, hebt der Entwurf dementsprechend auf. Wo sich aber das Privatrecht auf eine öffentliche Pflicht stützt, wie im Vormundschaftswesen, bleibt die Ungleichheit. Frauen können Vormünderinnen nur über Kinder und Enkel oder kraft letztwilliger Berufung des elterlichen Gewalthabers (§ 1640 Ziffer 4), sie können niemals Mitglied des Familienraths werden (§ 1716); sie werden auch nicht zur Uebernahme der Vormundschaft gezwungen (§ 1643). Dagegen sind sie vom Urkundszeugniß bei der Testamentserrichtung nicht ausgeschlossen (§ 1917). — Die Ehefrau ist vollkommen handlungsfähig. Nur muß der Ehemann einwilligen, wenn sie sich zu Leistungen verpflichtet, die in Person zu bewirken sind (§ 1277); ihre Geschäfte vermögen auch nicht, seine Ehegutsrechte zu gefährden (§§ 1311 ff.). Der Ehemann verwaltet das Ehegut (§ 1317); aber er hat nicht die allgemeine rechtsgeschäftliche Vertretung der Frau (§§ 1317 ff., 1352, 1417). Was sie durch Arbeit oder selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt, gehört ihr als Vorbehaltsgut (§ 1289), wofern nicht theilweise oder gänzliche Gütergemeinschaft vereinbart ist. Der Mann wird also nicht mehr Frau und Kind verlassen und, was sie dann erarbeitet, für sich nehmen können. — Ruht die elterliche Gewalt nicht in Händen des Vaters, so steht sie bei der Mutter (§ 1501).

Die Altersstufen des Entwurfs sind: Kindesalter bis zur Vollendung des 7., Minderjährigkeit bis zur Vollendung des 21. Jahres und Volljährigkeit. Ueber-achtzehn-jährige können mit eigener Einwilligung vom Vormundschaftsgericht zu ihrem Besten für volljährig erklärt werden. Der elterliche Gewalthaber muß zustimmen, der Vormund nicht. Die Emanzipation seitens der Eltern oder des Familienraths, die nach code civil den gleichen Zweck verfolgt, ist abgelehnt. Ebensowenig macht Heirath mündig.

Nach den Altersstufen wird die Geschäftsfähigkeit bemessen (§ 64). Die privatrechtliche Deliktsfähigkeit beginnt nicht erst mit der Strafmündigkeit (Ablauf des 12. Jahres), sondern schon mit der Minderjährigkeit. Unter-achtzehn-jährige haften indeß nur dann für Deliktsschaden, wenn sie bei Begehung der That die zur Erkenntniß der Strafbarkeit erforderliche Einsicht besaßen (§ 709). Die Grenzen der Ehemündigkeit werden nicht verschoben (Zurücklegung des 20., bezw. 16. Jahres); aber fortan bedürfen auch Töchter, bis sie 25 Jahre zählen, der Genehmigung des maßgebenden Elterntheils (§ 1238). Die Testamentsfähigkeit fällt wie die Eidesmündigkeit auf den Anfang des 17. Jahres (§ 1912). Dagegen kann ein beschränkt Geschäftsfähiger einen Erbeinsetzungs- oder Vermächtnißvertrag auch nicht mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters schließen (§§ 1942, 1962), wohl aber ganz selbstständig alle Verfügungen von Todeswegen einseitig und, wo erforderlich, durch Vertrag aufheben (§§ 1948 Abs. 4, 1957 Abs. 2, 1958 Abs. 1, 2020, 2024).

Mängel des körperlichen und geistigen Zustandes können die eigene Besorgung der Vermögensangelegenheiten hindern und deshalb zu einer Pflegschaft führen (§ 1739), wenn nicht durchgreifendere Schritte als geboten erscheinen. Wer des Vernunftsgebrauches beraubt ist, kann wegen Geisteskrankheit entmündigt werden, und zwar schon in der Minderjährigkeit, damit nicht Geschäftsfähigkeit eintritt. Arten der Geisteskrankheit (Raserei, Wahnsinn, Blödsinn) werden nicht unterschieden; Geistesschwäche genügt zur Entmündigung nicht. Volljährige Taube, Stumme und Blinde sind an sich geschäftsfähig. Sind sie aber wegen ihres Gebrechens nicht in der Lage, ihre Angelegenheiten besorgen zu können, so werden sie vom Vormundschaftsrichter für schutzbedürftig erklärt und — solange es nöthig ist — unter Vormundschaft gestellt. Ihr eigener Antrag ist dafür — wie auch im Fall des § 1739 — zwar nicht nothwendige, aber regelmäßige Voraussetzung; auf ihren Antrag soll auch die Vormundschaft gewöhnlich eingestellt werden (§ 1735).

Wirthschaftliche Fehler und Zufälle wirken mannigfach auf die Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Hierher gehört die Rechtseinbuße des Gemeinschuldners, hierher gehört z. B. das Recht, den verschwenderischen Pflichttheilserben zu Gunsten seiner Abkömmlinge zu beschränken (§ 2002). Wer durch verschwenderische Lebensweise oder Geschäftsführung die Besorgniß rechtfertigt, daß er sich oder seine Familie dem Nothstand preisgiebt, kann entmündigt werden. Voll-

jährigkeit, fruchtlose Besserungsversuche und Vermögensbesitz sind nicht Vorbedingung. Eine Reihe von Vorschriften der Civilprozeßordnung über das Entmündigungsverfahren wird im Art. 11 des Entwurfs zum Einführungsgesetz abgeändert.

Die Ehrenfolgen des Strafurtheils bezeichnet das Strafgesetzbuch. Abgesehen davon ist in den Landesrechten die sittliche Bescholtenheit bedeutsam. So z. B. nach gemeinem Recht für das Pflichttheilsrecht der Geschwister, im preußischen Recht für die Ansprüche aus außerehelichem Beischlaf u. s. w. Der Entwurf verwerthet den Begriff des ehrlosen Verhaltens; es ist Grund zur Ehescheidung (§ 1444) und zur Entziehung der elterlichen Gewalt (§ 1456).

Eine verbreitete Anschauung sondert unter den juristischen Personen Körperschaften, Stiftungen und Anstalten. Der Entwurf reiht die letzteren — Fiskus, Kirche, Hospitäler u. s. w. — unter die beiden ersten Arten ein und bestätigt nur vorsorglich die Landesgesetze, welche dem Fiskus Rechtspersönlichkeit verleihen. Für Aktiengesellschaften und Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften knüpft sich der Erwerb der Rechtspersönlichkeit an die Erfüllung der Registerpflicht und gewisser Normativbestimmungen (Beilegung eines Gesammtnamens, Abfassung eines gesetzmäßigen Gründungsvertrags). Sachsen hat dies System auf die anderen Personenvereine ausgedehnt; ähnlich Bayern und die Gesammt-Schweiz. Der Entwurf hat davon Abstand genommen: wegen der Schwierigkeit für alle Arten Vereine gleichmäßige Normativbestimmungen zu erlassen, und aus sozialpolitischen Rücksichten. Somit verfügt im Allgemeinen das Landrecht über Erwerb und Verlust der Rechtspersönlichkeit. — Bei der Stiftung regelt der Entwurf zwar das Errichtungsgeschäft —: letztwillige Verfügung oder eine einseitige oder vertragsmäßige Erklärung in gerichtlicher oder notarieller Form —. Ob aber die Rechtspersönlichkeit der Stiftung noch Weiteres, insbesondere staatliche Genehmigung erfordert, und wie eine Stiftung erlischt, bleibt gleichfalls dem Landesrecht überlassen. Dagegen gelten die Aufstellungen des Entwurfs, die übrigens nur zum Theil zwingendes Recht setzen, für alle juristischen Personen, mithin auch für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften.

Die Verfassung einer Körperschaft beruht auf Gesetz oder Gründungsvertrag und ist nur durch einstimmigen Beschluß der Mitglieder abänderlich. — Jede juristische Person muß einen gesetzlichen Vertreter (Vorstand) haben, eine Vorschrift, die indeß nicht rechts-

polizeilich oder durch Strafen erzwingbar ist. Doch tritt nöthigenfalls an Stelle des fehlenden Vertreters ein Ernannter des Amtsgerichts, wenn ein Dritter der Körperschaft Mittheilungen machen will, die sie entgegennehmen muß (Mahnung, Kündigung). Abweichend vom Handelsrecht kann die Vertretungsmacht des Vorstandes wirksam nach außen eingeengt werden, können ferner im Zweifel nur alle Vorstandsmitglieder zusammen die juristische Person verpflichten. Für die Geschäftsführung ist der Wille der Mitglieder maßgebend. Verübt ein Vorsteher bei Ausübung der Vertretungsmacht Widerrechtlichkeiten, so ist die juristische Person schadensersatzpflichtig, das Delikt sei innerhalb oder außerhalb eines Vertrugsverhältnisses begangen. Konkurs wird wegen Zahlungsunfähigkeit und Ueberschuldung eröffnet und muß im letzteren Fall unverzüglich vom Vorstand angemeldet werden. Den Konkurs über das Vermögen des Fiskus und der gleichstehenden Verbände (§ 15 Ziffer 4 Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung) darf das Landesrecht untersagen. Das Vermögen der aufgelösten juristischen Person fällt an denjenigen, der nach Gesetz oder Verfassung das Bezugsrecht hat. Der Betreffende kann diesen Anfall nicht ausschlagen, haftet aber auch für die Schulden stets nur in Höhe des Reinerwerbes (§ 1974). Sind die Mitglieder der Körperschaft bezugsberechtigt, so kommt es zur Liquidation, die mangels anderweiter Beschlüsse vom Vorstand, im Nothfall von Ernannten des Amtsgerichts, besorgt wird. Der Vertheilung des Vermögens gehen Maßregeln zum Schutz der Gläubiger vorher wie bei der Aktiengesellschaft öffentliche Bekanntmachungen, ein Sperrjahr und Hinterlegung der nicht abgehobenen Forderungsbeträge bezw. Sicherstellung derselben.

Der Entwurf unterscheidet gegenseitige Verträge, die einen Austausch von Leistungen bezwecken, und einseitige. In einem wichtigen Gegensatz stehen ferner die Verträge, durch welche ein Schuldverhältniß begründet wird, zu denen, die die Erledigung desselben, die Erfüllung, den Vollzug der Abtretung, die Uebertragung des Eigenthums u. s. w. zum Gegenstand haben (Erfüllungsgeschäfte und dingliche Verträge).

Rechtsgeschäfte müssen vielfach, um wirksam zu sein, gegenüber einem Betheiligten vorgenommen werden, der dann Empfänger der Willenserklärung heißt. Eine adressirte Erklärung derart ist z. B. die Aufrufung eines Vertrages wegen Betrugs oder Zwangs, die an den andern Vertragstheil zu richten ist. (§ 113.) Ebenso ist der andere Theil Empfänger der Wahlerklärung bei einem wahl-

weisen Schuldverhältniß (§ 208), der Mahnung (§ 245), des schuldnerischen Leistungsangebotes (§ 254), der Aufrechnungserklärung (§ 282), der Anzeige von der Uebertragung einer Forderung und des Widerrufes der Anzeige (§ 306), des Schenkungswiderrufes (§ 449), der Darlehenskündigung (§ 457) u. s. w. Dagegen sind Auslobung, Stiftung, Errichtung und Aufhebung eines Testaments, der Erbschaftsantritt u. s. w. adressenlose Erklärungen, also auch ohne Empfänger. Desgleichen die zahlreichen Rechtsgeschäfte, die mündlich oder schriftlich — d. h. „gegenüber" — oder nur mündlich — d. h. „vor" — einer Behörde vorzunehmen sind. Es erfordern z. B. (neben einem entsprechenden Grundbucheintrag) die Dereliktion eines Grundstücks (§ 872) und die Aufgabe des Erbbaurechts (Superfizies § 965) eine Erklärung vor dem Grundbuchamt, die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Vorkaufsrechts (§ 960), einer Grunddienstbarkeit (§ 977), von Reallasten (§ 1061) und persönlichen Dienstbarkeiten von Grundstücken (§§ 1015, 1048) eine Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt. Auf letztere Art begründet man auch für sich am eigenen Grundstück eine Grundschuld (§ 1142). Durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht wird die Ehe nach dem Tode des andern Gatten (§ 1266) und die Ehelichkeit eines verstorbenen Kindes (§ 1475) angefochten, die Erbschaft ausgeschlagen (§ 2032), auf das Inventarrecht verzichtet (§ 2094), das Amt des Testamentsvollstreckers angetreten, abgelehnt, gekündigt (§§ 1892, 1895) u. s. w. In allen diesen Fällen nimmt zwar die Behörde die Erklärung an oder auf, ohne indeß ihre Empfängerin zu sein. Denn nicht sie ist dabei betheiligt, sondern z. B. bei der Preisgabe eines Grundstücks derjenige, dem es anfällt, bei der Aufgabe dinglicher Rechte der Eigenthümer u. s. w. Die Erklärungen werden nur bei der Behörde niedergelegt, — wie die Hinterlegung ja auch eine Erfüllungs- und Zustellungsform ist.

Es giebt ferner Willenserklärungen, zu deren Entgegennahme man verpflichtet ist; z. B. die Mahnung. Dagegen ist der Vertragsantrag frei empfangbar. Empfangspflichtige Willenserklärungen können wie im Rechtsstreit zugestellt werden, doch nicht mittels des Gerichtsschreibers. Bei unverschuldeter Unkenntniß über die Person des Empfangspflichtigen ist außerdem öffentliche Zustellung gestattet (§§ 75 ff.). —

Das Preußische Allgemeine Landrecht stellt für die Verträge von Lesens- und Schreibensunkundigen, von Taubstummen und

Blinden, sowie von solchen, die die Sprache der zu errichtenden Urkunde nicht verstehen, erschwerende Formvorschriften auf. Nicht so der Entwurf, der vielmehr nur gewisse Geschäfte unter Formenzwang stellt. Bei der nachfolgenden Aufzählung bleiben das dingliche Rechtsgeschäft und der Pfandvollzug an Forderungen und Rechten, sowie die Eheschließung außer Betracht. Das Schrifterforderniß begegnet, wenn man davon absieht, daß die Regeln über die Anweisung einer Leistung (§§ 605 ff.) und über Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 685 ff.) eine schriftliche Urkunde voraussetzen, nur einmal, nämlich für das abstrakte Leistungsversprechen (§ 683). Bedeutsamer wird die Vereinbarung der Schriftlichkeit sein. Die Schriftform wird gewahrt, wenn die Urkunde oder bei telegraphischer Verhandlung die Aufgabeschrift vom Urheber der Willenserklärung eigenhändig unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet ist. Der Entwurf fordert eigenhändige Unterschrift. Aber trotz der Verneinung der Motive (S. 185) wird sich in das neue Recht die preußische Streitfrage hinüberspielen, ob man sich eines Andern zum Schreiben seiner Unterschrift bedienen kann. Die Motive wollen ferner im Briefwechsel keine der Form genügende Schrift sehen (S. 189). Die Zulässigkeit telegraphischen Abschlusses beweist indeß das Gegentheil. Bei Inhaberpapieren ist ausdrücklich Vollziehung der Unterschrift im Wege der mechanischen Vervielfältigung erlaubt (§ 685). Der Unterzeichnung der einen Vertragsurkunde durch sämmtliche Theile steht der Austausch der Unterschriften gleich, die getrennt unter verschiedenen Ausfertigungen abgegeben sind.

Der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfen außer der Stiftung (§ 58) die Verpflichtung, das ganze gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchtheil davon zu übertragen oder einen Nießbrauch daran zu bestellen (§ 350), das Eigenthum an einem Grundstück zu übertragen (§ 351), das Schenkungsversprechen (§ 440), der Ehevertrag (§ 1591) und die ordentliche letztwillige Verfügung (§ 1915). Die Form wird erfüllt, wenn die Theile dem Notar oder Richter ihre Erklärungen getrennt abgeben und dann die Urkunde auswechseln. Dagegen sind „vor Gericht oder Notar" d. i. mündlich bei gleichzeitiger Anwesenheit aller Theile die Kindesannahme — die noch gerichtlicher Bestätigung bedarf — (§§ 1616 ff.) und die Verträge von Todeswegen (§§ 1943, 1957, 1962, 2020, 2024) abzuschließen.

Formmängel haben Nichtigkeit zur Folge. Vollzug der Schenkung (§ 441) und Uebertragung des Grundstückseigenthums (§ 351) heilen indeß die Formlosigkeit des Titels.

Geschäftsunfähig sind Kinder, Unzurechnungsfähige und — auch in lichten Augenblicken — entmündigte Geisteskranke. Sie alle können ebensowenig Rechtsgeschäfte vornehmen wie adressirte Willenserklärungen, z. B. einen Vertragsantrag, empfangen.

Beschränkt geschäftsfähig — unselbstständig — sind Minderjährige, entmündigte Verschwender (auch für Geschäfte des Familienrechts), schutzbedürftige Taube, Stumme und Blinde und diejenigen, die der Vormundschaftsrichter während des Entmündigungsverfahrens unter vorläufige Vormundschaft stellt (§ 1737). Kommt es im letzteren Falle nicht zur Entmündigung, so werden dadurch die Handlungen des Vormunds in ihrer Kraft nicht beeinträchtigt und die des vorläufigen Mündels, soweit sie die Grenzen der beschränkten Geschäftsfähigkeit überschreiten, nicht wirksam. Deshalb wird § 613 Abs. 2 Satz 1 Civilprozeßordnung seine praktische Bedeutung nur dann behalten, wenn von einer vorläufigen Vormundschaft abgesehen ist Der Beweis, daß der vorläufige Mündel bei einem bestimmten Geschäft unzurechnungsfähig war, ist selbstverständlich zulässig.

Unselbstständige sind zu Geschäften fähig, durch welche sie lediglich Rechte erwerben oder von Verbindlichkeiten befreit werden; sie können z. B. als Schuldner einen Erlaßvertrag schließen, Besitz erwerben (§ 800), aber nicht den Besitzwillen aufgeben. Rechtsgeschäfte anderer Art bedürfen, sofern sie einseitig sind, wie z. B. die Auslobung, zuvoriger Einwilligung, sofern es Verträge sind, wenigstens der späteren Genehmigung des gesetzlichen Vertreters. Bis dieser oder nach Erwerb der Geschäftsfähigkeit der Vertretene selbst sich entscheidet, hinkt der Vertrag; der Gegner ist daran gebunden. Er wird jedoch frei, wenn auf seine Aufforderung nicht binnen 14 Tagen die Genehmigung erklärt wird. Vertragsanträge an Unselbstständige sind wirksam, so daß der Vertreter dieselben annehmen kann. Adressirte Willenserklärungen kann ein beschränkt Geschäftsfähiger nur dann in Empfang nehmen, wenn er dadurch lediglich Rechte erwirbt oder von Verbindlichkeiten befreit wird. Die Ausübung des Verkaufsrechts kann also nur dem gesetzlichen Vertreter, die Abstandnahme davon auch dem Minderjährigen erklärt werden.

Wie sich in einzelnen Richtungen die Geschäftsfähigkeit der Unselbstständigen erweitert, ist bereits erwähnt. Die Ausnahme ver-

allgemeinert sich im Ehe- und Elternrecht, soweit rein persönliche Beziehungen in Frage kommen. Unselbstständige haben Prozeßfähigkeit für Ehesachen (§§ 1254 u. a.), sie können nur persönlich, und, ohne daß der gesetzliche Vertreter einzuwilligen braucht, die Ehelichkeit eines Kindes anfechten (§ 1474), ein Rechtsgeschäft billigen, durch das sich die Ehefrau zu einer in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet (§ 1277) u. s. w. — Der gesetzliche Vertreter kann ihnen ferner solche Vermögensstücke zu freier Verfügung überlassen, zu deren Veräußerung er nicht, wie z. B. bei Grundstücken und Erbschaften, die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts einholen muß (§§ 1512, 1677). Erfüllt nun der Unselbstständige einen von ihm geschlossenen Vertrag aus frei verfügbaren Gegenständen, so gilt derselbe als von Anfang an wirksam. Seinen einseitigen Rechtsgeschäften, z. B. einer Auslobung, kommt diese Vorschrift nicht zu statten. Ueber das Taschengeld wird also der Minderjährige ungefähr dieselbe Gewalt haben, wie das römische Hauskind über das peculium profecticium. Aber der Vater wird nicht für die Verpflichtungen des Minderjährigen in Höhe des versprochenen oder zurückgenommenen Taschengeldes haften, soweit nicht etwa ein Verschulden vorliegt. — Erlaubt weiterhin der gesetzliche Vertreter auch nur einmal dem Unselbstständigen, in Dienst oder Arbeit zu treten, so kann dieser im Zweifel und bis auf Widerruf neue Verhältnisse derart eingehen, dieselben regeln und aufheben. — Endlich zeitigt die Erlaubniß zum Betrieb eines selbstständigen Erwerbsgeschäfts die Fähigkeit zu allen Geschäften, die der Betrieb mit sich bringt und die der gesetzliche Vertreter unabhängig vom Vormundschaftsgericht abschließen könnte. Der Minderjährige ist dann nicht an die Weisungen seines gesetzlichen Vertreters gebunden, wie es der Fall ist, wenn ihm nur die Eingehung von Dienstverträgen überlassen wird. Für den Umfang seines Geschäftsbetriebes verändert sich vielmehr sein Status, wird er sui juris. Da nach dem Entwurf ein Statuswechsel, der sich nicht an die Abstufung des Alters anschließt, richterliche Vorprüfung erfordert, so kann auch die Erlaubniß zum selbstständigen Geschäftsbetrieb nur mit Einwilligung des Vormundschaftsgerichts ertheilt und entzogen werden.

Die Sonderbestimmungen für Studirende fallen fort; ebenso die Verjährungsvorrechte und die Beweisvergünstigungen der Minderjährigen und der Gleichberechtigten, sowie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Während das öffentliche Recht dem Unterthan seine Befugnisse einzeln zuzumessen pflegt, geht das Privatrecht von der Handlungsfreiheit des Menschen aus und verzeichnet nur ihre Beschränkungen. Die allgemeinste Ausnahme ist die Nichtigkeit von Verträgen, deren Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt. Ob ein Geschäft der angegebenen Art vorliegt, ist nach seinem Gesammtinhalt zu beurtheilen; auf die Rechtsform, welche das unzulässige Vertragselement annimmt, kommt es nicht an. Die unsittliche Hingabe einer Frau mag als Leistung versprochen sein oder als Grund derselben, als Bedingung, Auflage u. s. w. erscheinen; stets soll der betreffende Handel nichtig sein. Von besonderen Bestimmungen über unerlaubte Bedingungen konnte der Entwurf demgemäß absehen. Wird durch die Bedingung das ganze Geschäft unerlaubt, so gilt es nichts, — und diese Regel wird auch auf Verfügungen von Todeswegen ausgedehnt.

Außerdem ist aus verschiedenen Erwägungen die Vornahme mancher Geschäfte verboten, die nicht eine Mißachtung der Sittlichkeit oder öffentlicher Ordnung enthalten. So Verträge über die Erbschaft eines lebenden Dritten (§ 349), das Versprechen, jemanden das Ganze oder einen Bruchtheil des künftigen Vermögens zu Eigenthum oder Nießbrauch zu übertragen (§ 350), die Befreiung des Erbschaftskäufers (§ 497) oder des Uebernehmers eines ganzen gegenwärtigen Vermögens (§ 319) von den darauf haftenden Schulden, die Vorausabrede von Zinseszinsen (§ 358) und der lex commissoria beim Pfandrecht (§§ 1077, 1167), das Versprechen, letztwillige Verfügungen zu errichten, zu unterlassen, zu erhalten oder aufzuheben (§ 1754) u. s. w. Ein verbotswidriges Geschäft dieser Art ist nur im Zweifel nichtig. Im Ergebniß entscheidet also die Auslegung über die Folgen des Verbots, insbesondere auch darüber, ob das Geschäft, das zum Vollzuge der nichtigen Verpflichtung dient, z. B. die wirkliche Errichtung des versprochenen Testaments, von der Nichtigkeit mitergriffen wird oder zu Recht besteht.

Nach diesen Regeln sind Uebertretungen eines Veräußerungsverbotes, bei dem ein öffentliches Interesse betheiligt ist, vollkommen nichtig; z. B. der gesetzwidrige Verkauf von Sprengstoffen. Soll dagegen das Veräußerungsverbot nur die Interessen bestimmter Personen schützen, so sind widersprechende Rechtsgeschäfte oder Vollstreckungshandlungen nur dem Geschützten gegenüber unwirksam: das Verbot beruhe auf Gesetz, Richterspruch oder einer Privatverfügung,

die Dritte bindet. Die Genehmigung seitens des Geschützten bringt infolgedessen die verletzende Rechtshandlung zu Kräften. Ein derartiges Verbot verliert gegenüber den Konkursgläubigern des Betroffenen seine Macht. Es hindert ferner zwar nicht die Pfändung, wohl aber die Zwangsversteigerung der fraglichen Sache oder Forderung zu Gunsten persönlicher Gläubiger oder auf Grund von dinglichen Rechten, deren Entstehung nicht dem Verbot voraufgeht. Erwirbt also der Käufer einer Sache gegen den Verkäufer, der sie nicht überliefern, sondern zu besserem Preise weiterverkaufen will, ein Veräußerungsverbot, so kann sie von einem Dritten wegen Geldschuld zwar noch gepfändet werden — unbeschadet der Rechte des Käufers —; allein der Versteigerung erwehrt sich der Käufer, wenn dieselbe nicht ein vor dem Verbot begründetes Pfandrecht verwirklichen soll, nach § 690 Civilprozeßordnung. Kommt es dennoch zur Veräußerung, so erwirbt der gutgläubige Ersteher Eigenthum, der unredliche scheitert an der einstweiligen Verfügung. Andrerseits kann der Konkursverwalter nach Belieben mit der Sache schalten.

Die Erklärung, die einem Anwesenden oder vor einer Behörde abgegeben wird, ist naturgemäß sofort wirksam. So der Vertragsantrag unter Gegenwärtigen, der deshalb erlischt, wenn er nicht sofort angenommen wird. Bei Erklärungen unter Abwesenden ist zu scheiden, ob sie adressirt oder adressenlos sind. Ueber die Perfektion einseitiger adressenloser Geschäfte kann sich ein Zweifel nicht leicht erheben, weil dieselben fast durchweg einer Formvorschrift unterstellt sind; z. B. die letztwillige Verfügung. Mit der Form ist dann das Rechtsgeschäft vollzogen. Andere adressenlose Erklärungen sind gegenüber einer Behörde abzugeben, wie der Verzicht auf das Erbbaurecht; sie werden wirksam wie adressirte Erklärungen. Manche Geschäfte sind endlich mit der bloßen Herstellung eines formlosen und noch Niemandem kund gewordenen Thatbestandes fertig; so die stillschweigende Annahme eines Vertragsantrags (§ 86), der Erbschaftsantritt, — der auch stillschweigend erfolgen kann (§ 2029), die Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes durch den Vater (§ 1472), — die zwar ausdrücklich, aber nicht gegenüber dem Kinde oder sonst Jemandem geschehen muß, also z. B. durch Eintrag in ein geheimes Tagebuch bewirkt werden kann.

Wird eine einseitige adressirte Erklärung — die Kündigung, die Abstandnahme vom Vorkaufsrecht, der Vertragsantrag — einem Abwesenden ausdrücklich abgegeben, so wird sie wirksam, so-

bald sie ihm zukommt. Es kommt also darauf an, wann ihm der betreffende Brief gebracht wird, nicht wann er ihn öffnet. Dagegen bedarf eine stillschweigende Erklärung zu ihrer Perfektion wirklicher Kenntnißnahme durch den Empfänger. Ist eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, insbesondere der Vertragsantrag, einmal in Lauf gesetzt, so wird sie durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Urhebers nicht entkräftet; wohl aber durch den Widerruf, der spätestens zugleich mit ihr anlangt.

Ein vollständiger, ohne Weiteres annahmefähiger Vertragsantrag ist, wie nach Handelsrecht, für den Absender mangels anderweiter Bestimmungen solange bindend, bis nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge die Antwort eingetroffen sein kann. Die verspätete Ankunft der rechtzeitig abgesendeten Antwort muß jedoch, wenn der Antragsteller befreit sein will, sofort gerügt werden. — Da der Vertrag eine gegenseitige Willenserklärung ist, ist er unter Abwesenden nicht schon dann geschlossen, wenn die ausdrückliche Annahmeerklärung behufs der Absendung abgegeben ist (Handelsgesetzbuch Art. 321) sondern erst, wenn sie dem Antragsteller zukommt. Stillschweigende Annahme eines Vertragsantrags genügt nur, wenn sie dem Sinne des Antragstellers entspricht, insbesondere wenn z. B. unter Geschäftsfreunden sofortige Leistung, keine Antwort erwartet wird. Dann ist der Vertrag sofort mit der Annahme, noch bevor sie zu Kenntniß des Gegners kommt, wirksam. An den Antrag mit sofortigem Leistungsverlangen ist der Absender gebunden, bis die Leistung unter gewöhnlichen Umständen bewirkt sein kann. — Vor der Einigung über die Punkte, die nach dem Gesetz wesentlich oder nach der Meinung auch nur des einen Theils der zuvorigen Vereinbarung bedürftig sind, ist der Vertrag nicht zu Stande gekommen. Es kann sein, daß Traktate und Punktationen endgiltige Abreden, wenn auch unter Vorbehalt ihrer Vervollständigung, wiedergeben; technische Bedeutung haben solche Aufzeichnungen nicht. — Der Vorvertrag begegnet in einzelnen Anwendungen, als Versprechen der Gebrauchsleihe (§§ 550 ff.), als Darlehns- (§ 458) und Pfandversprechen (§§ 681 ff.); allgemeine Bestimmungen darüber fehlen, auch darüber, ob der formlose Vorvertrag zu einem formpflichtigen Geschäft verbindlich ist. —

Die allgemeine Zulässigkeit der Vertretung im Willen ist für eine Reihe von Rechtsgeschäften des Familienrechts (§§ 1238, 1248 u. a.) und für die Errichtung und Beseitigung aller Verfügungen von Todeswegen (§§ 1911, 1933, 2020, 1935, 1941, 1948,

1957 ff., 1960) ausgeschlossen. Liegt das Wesen der offenen Stellvertretung darin, daß der Vertreter seinen Willen erklärt, und der Vertretene davon den Erfolg hat, so ist auch aus der Person des Vertreters zu beurtheilen, ob die Erklärung innere Kraft hat. Die Drohung, die den Vertreter zum Abschluß vermocht hat, befreit den Vertretenen. Aber ebenso schadet ihm umgekehrt der Betrug des Vertreters gegen den andern Theil. Auf den Irrthum des Vertreters, nicht auf den eignen kann er sich berufen, wie er andrerseits für die Fahrlässigkeit des Vertreters beim Vertragsabschluß einstehen muß. Nur wer zu einem bestimmten Rechtsgeschäft Vollmacht ertheilt, kann einen Irrthum des Vertreters nicht vorschützen, wenn ihm selbst der entscheidende Umstand bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt bekannt sein mußte.

Die Vollmacht wird streng vom Auftrag unterschieden. Sie wird durch öffentliche Kundgebung, durch besondere Nachricht in den betheiligten Dritten oder durch Aushändigung einer Vollmachtsurkunde an den Bevollmächtigten ertheilt und muß wenigstens in gleich sicherer Weise, wie sie ertheilt ist, widerrufen werden. Der öffentliche Widerruf wirkt im Gegensatz zu Art. 46 Abs. 2 Handelsgesetzbuch sofort und unbedingt, auch ohne dem Dritten bekannt geworden zu sein. Giebt der Bevollmächtigte die Vollmacht nicht zurück, so erklärt das Gericht dieselbe auf einfachen Antrag des Machtgebers und ohne weitere Formen für kraftlos. Der Beschluß wird durch öffentliche Zustellung wirksam. — Eine Spezialvollmacht wird nur für die Ausschlagung der Erbschaft (§ 2032) und für den Verzicht des Erben auf das Inventarrecht (§ 2094) erfordert. Die vermuthete Vollmacht (z. B. der Ehefrau des Miteigenthümers) ist dem Entwurf fremd. Den Ersatz soll die Möglichkeit bilden, ohne Vollmacht für Dritte in Erwartung der Genehmigung zu handeln. Geschieht dies, so kann die spätere Genehmigung — ebenso wie die zuvorige Einwilligung, die in andern Fällen nöthig ist — formlos erfolgen, auch wenn das Geschäft selbst formpflichtig ist. Die Genehmigung eines ohne Vollmacht abgeschlossenen Vertrages gilt als versagt, wenn dieselbe nicht nach besonderer Aufforderung binnen vierzehn Tagen gegeben wird.

Ob es angeht, daß Jemand als Vertreter eines andern mit sich selbst, oder als Vertreter des Einen mit sich als Vertreter des Andern einen Vertrag schließt, entscheidet der Entwurf nicht grundsätzlich. Doch ist bestimmt, daß ein gesetzlicher Vertreter zwischen sich und dem Vertretenen nur Erfüllungsgeschäfte vornehmen kann:

insoweit also auch dingliche Geschäfte (§§ 45, 50, 61, 1503, 1651, 1728, 1743). Ferner soll die Vollmacht zur Bewilligung einer Grundbucheintragung demjenigen nicht ertheilt werden können, der selbst dadurch ein Recht erwerben soll (Anm. c zu § 828). Abgesehen davon halten die Motive die Vertretung beider Theile durch eine Person für erlaubt, soweit dadurch nicht etwa gegen die guten Sitten oder sonstige allgemeine Rücksichten verstoßen wird. Ein Anwendungsfall dieser Regel wird sich indes kaum im Entwurf finden lassen. Denn der Pfandgläubiger, der sich selbst aus dem Geldpfand, das er in Händen hat, befriedigt (§ 1168), nimmt ein reines Erfüllungsgeschäft vor. Ebenso der Besitzer einer Sache, der auf sich selbst als den Vertreter des Besitzerwerbers mittels constitutum possessorium den Besitz überträgt. Denn das constitutum possessorium setzt ein Vertragsverhältniß zwischen dem Besitzveräußerer und -Erwerber voraus, das dem Letzteren die Inhabung beläßt. Es vollzieht sich ferner, wenn der Letztere vom Ersteren vertreten wird, stillschweigend durch Handlungen, mittels welcher der Erstere den Willen kundgiebt, fortan für den Letzteren innezuhaben (§ 805). Mit andern Worten: in diesem Fall ist das constitutum possessorium keine gegenseitige, sondern eine einseitige adressenlose Erklärung. Daß endlich die Ehefrau, wenn sie Vormünderin ihres Mannes ist, in seinem Namen auch die Einwilligung zu ihren eignen Rechtsgeschäften geben kann (§§ 1326, 1370, 1417), will nur besagen, daß sie in solcher Stellung einer Einwilligung nicht bedarf. —

Die Selbstbeschränkungen der Willenserklärung werden vielfach gemeinsam als Nebenbestimmungen behandelt. Der Entwurf giebt nur über Bedingung und Befristung allgemeine Vorschriften, nicht über die Voraussetzung (den Endzweck) und die Auflage (modus).

Wirksame Bedingungen und Befristungen rufen einen Schwebezustand hervor. Einen Anspruch auf Sicherheitsleistung hat der Berechtigte, z. B. der Nehmer eines bedingten Vermächtnisses (§ 1867), nur bei Arrestgründen. Am Konkurse nimmt auch die aufschiebend bedingte Forderung theil. Die darauf entfallenden und zu hinterlegenden Beträge fließen vor Ausfall der Bedingung selbst dann nicht zur Masse zurück, wenn es zur Schlußvertheilung kommt. Alle diese Sicherungsrechte hängen jedoch davon ab, daß die Erfüllung der Bedingung nicht als eine zu entfernte Möglichkeit erscheint. — Ist unter einer Bedingung ein Recht übertragen oder aufgehoben, oder ein Recht oder eine Sache belastet, z. B. eine Sache übereignet,

so unterliegt dieselbe während des Schwebezustandes der Verfügungsgewalt des bedingt Verpflichteten und dem Zugriff seiner Gläubiger. Aber diese freiwilligen und Zwangsverfügungen werden bei Erfüllung der Bedingung unwirksam, soweit sie das Recht des bedingt Berechtigten verletzen, und den Dritten nicht ein guter Glaube hilft. Der Berechtigte kann den Rechtsmangel durch Genehmigung ergänzen; rügt er ihn aber, so ist die fragliche Rechtshandlung gegenüber Jedermann ungiltig. — Eine Bedingung gilt als eingetreten, wenn der Verpflichtete ihre Erfüllung geschäftswidrig verhindert. Er ist im Fall ihrer Erfüllung schadenspflichtig, wenn er schuldvoll das von der Bedingung abhängige Recht beeinträchtigt, z. B. die Sache beschädigt oder weiter veräußert.

Die erfüllte Bedingung hat rückwirkende Kraft nur, wenn es die Parteien verabreden. Dagegen knüpft sich an den Eintritt der auflösenden Bedingung ohne weiteres die Wiederherstellung des früheren Zustandes, nicht blos ein persönlicher Anspruch darauf. Die bedingt erloschene Forderung lebt wieder auf, die Erbschaft fällt unvermittelt an den Nacherben (§ 1804). Der bedingt Berechtigte kann sofort die Eigenthumsklage anstrengen auch gegen den Dritten, der die Sache ohne guten Glauben weitererworben hat. Die Früchte der Zwischenzeit kann er aber, wenn er nicht Rückziehung vereinbart hat, nicht ersetzt verlangen.

Diese Folgen setzen jedoch eine wirksame Bedingung voraus. Unzulässige Bedingungen vernichten die ganze Willenserklärung; so die sinnlose, die auf das bloße Wollen und nicht wenigstens auf eine willkürliche Handlung des Verpflichteten gestellte Bedingung. Auch letztwillige Zuwendungen sind nichtig, wenn die Erfüllung der beigefügten Bedingung dem bloßen Belieben des Beschwerten oder eines Dritten anheimgegeben ist (§§ 1765, 1946, 1956, 1962). Dagegen ist der Vertragsschluß unter der Bedingung, daß der eine Theil nur, wenn er wolle, gebunden sei, erlaubt. Unstatthaft sind ferner Bedingungen und Befristungen bei einer Aufrechnungserklärung (§ 282), der Bestellung einer Grundschuld (§ 1137), der Eheschließung (§ 1248), der Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes (§ 1472), der staatlichen Ehelichkeitserklärung (§ 1594), der Annahme an Kindesstatt und der Aufhebung dieses Verhältnisses (§§ 1615, 1629), der Uebernahme der Testamentsvollstreckung (§ 1892), der Annahme oder Ausschlagung von Erbschaften oder Vermächtnissen (§§ 2035, 1873) und dem Verzicht auf das Inventarrecht (§ 2094). Die Auflassung ist

unter auflösender, aber nicht unter aufschiebender Bedingung und mit einem End-, aber nicht mit einem Anfangstermin zulässig. Das Rückfallsrecht des Veräußerers ist aber von amtswegen zugleich mit dem bedingten oder befristeten Eigenthum des Erwerbers einzutragen (§§ 870 ff.). Tritt die auflösende Bedingung ein, so fällt das Grundstückseigenthum der Regel entsprechend sogleich an den Verkäufer zurück, und er kann den eingetragenen Eigenthümer, soweit demselben nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite steht, zur Berichtigung des Grundbuchs zwingen (§ 843).

Der dies incertus an et quando und der dies incertus an, certus quando werden als Bedingung, die übrigen Befristungen den Bedingungen entsprechend behandelt.

Deckt eine Erklärung nicht den wahren Willen, so entsteht leicht ein Widerstreit zwischen den Interessen des Verkehrs, der auf die Erklärung bauen muß, und denen des Erklärenden, der nicht unfreiwillig gebunden sein will. Grundsätzlich soll nach dem Entwurf nur die Erklärung verbinden, die dem wirklichen Willen entspricht; aber daneben ist allgemein culpa in contrahendo zu vertreten.

Ist es richtig, daß die geschäftliche Absicht sich nur auf die Abgabe einer gewissen Erklärung zu richten hat, und daß das Gesetz, nicht die Partei, daran einen bestimmten Erfolg knüpft, so läßt sich nicht behaupten, daß das Scheingeschäft an einem Willensmangel leidet. Denn hier besteht die Absicht zu erklären, was wirklich erklärt ist; die erste Erklärung wird nur durch eine zweite, die nebenhergeht, entkräftet. Es kann sich also nur fragen, wie der Dritte geschützt wird, der das Geschäft für ernsthaft hält. Erwirbt er von dem Scheinberechtigten Rechte an beweglichen Sachen, so sichert ihn der Satz „Hand wahre Hand" (§ 877). Grundbucheinträge, die sich auf Scheinhändel gründen, sind nach außen vollwirksam (§ 837). Ihnen steht nicht nur der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite, sondern sie schaffen für Dritte Recht. Es kommt also nicht darauf an, ob derjenige, dem der Scheinerwerber eine Hypothek bestellt, die wahre Sachlage gekannt hat. Darauf können vielmehr nur die Parteien selbst persönliche Forderungen gegen einander stützen. Die Gläubiger des Scheinerwerbers dürfen in das Grundstück Vollstreckung suchen, während sich die Gläubiger des Scheinveräußerers nur an seinen Anspruch auf Rückauflassung halten können.

Auch die Mentalreservation ist nicht eigentlich Willensmangel. Denn die reservirte Absicht kann nicht die Thatsache aufheben, daß

der Wille zur Abgabe der geschehenen Erklärung vorhanden ist. Letztere ist deshalb gültig, die Mentalreservation wirkungslos, wenn der Gegner sie nicht bemerkt hat. Hat er sich nicht täuschen lassen, so ähnelt das Verhältniß entfernt dem Scheinhandel. In diesem Fall soll also die Erklärung nichtig sein. Nur die Eheschließung bleibt auch dann ebenso unantastbar, wie wenn sie zum Schein erfolgen sollte (§ 1250). Umgekehrt vernichtet eine Mentalreservation stets die einseitigen Verfügungen von Todeswegen (§§ 1779, 1947, 1957, 2920).

Der böse Scherz ist ein Fall der Mentalreservation. Anders wenn man arglos zum Scherz, als Lehrbeispiel u. s. w. Worte gebraucht, die die Einkleidung eines Rechtsgeschäfts abgeben könnten. Ein Wort, das ohne geschäftliche Absicht hingeworfen wird, ist keine Geschäftserklärung, also ohne Rechtserfolg. Aber der Scherz kann für Ernst genommen werden. Dann trägt der Urheber die Gefahr, wenn er daran schuld ist. Er wird vollständig beim Wort gehalten, wenn ihm grobe, und er zahlt den Unterhandlungsschaden (das negative Vertragsinteresse) wenn ihm einfache Fahrlässigkeit zur Last fällt. Dagegen ist er befreit, wenn das Mißverständniß am Gegner liegt.

Eine gleiche Verantwortung besteht für die culpa in contrahendo, die den wesentlichen Irrthum hervorruft. Im übrigen hat derselbe Nichtigkeit zur Folge. Der unwesentliche Irrthum kann eine Interessenforderung rechtfertigen, beeinträchtigt aber die Wirksamkeit der Erklärung nicht. — Frühere Gesetzeswerke haben den wesentlichen Irrthum fest zu umschreiben versucht. Der Entwurf führt nur beispielshalber und für den Zweifelsfall den error in negotio, in corpore und in persona auf. Im allgemeinen ist ein Irrthum dann wesentlich, wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Erklärung nicht abgegegen hätte. Bei Irrthümern im Beweggrunde liegt diese Annahme gewöhnlich nicht nahe (§ 102); im Einzelfall kann sie jedoch geboten sein. Bei letztwilligen Verfügungen z. B. mißt der Entwurf ausdrücklich dem Irrthum im Beweggrunde die wesentlichste Bedeutung bei (§§ 1781 ff., 1948, 1960). Der Rechtsirrthum steht dem thatsächlichen in seinem Einfluß auf den Bestand der Geschäfte gleich; wann er entschuldbar ist, hat der Richter zu würdigen (§ 146).

Wird die Erklärung nicht von Person zu Person, sondern durch den Telegraphen, einen Boten u. s. w. mitgetheilt, so ändern sich die angegebenen Regeln nicht; nur wird dann Sorglosigkeit bei der Aus-

wahl des Verkehrsmittels vorzüglich als culpa in contrahendo anzusehen sein. Wegen eines Verschuldens wird also der Absender eines Telegramms nicht belangt werden können, das in der Niederschrift, die der Empfänger erhält, in Folge von Verstümmelungen den Auftrag zum Kauf statt zum Verkauf von Börsenpapieren übermittelt. Dadurch wird aber der Verkehr nicht schutzlos. Denn die Auskunftsmittel der Wissenschaft bleiben ihm unverkürzt; und wie bisher wird man auch später prüfen, ob nicht, wer den Telegraphen in Bewegung setzt, unter gewissen Umständen die Gewähr für die Richtigkeit der Depeschen-Niederschrift übernimmt.

Eine fernere Verwerthung findet der Begriff des Unterhandlungsverschuldens bei Verträgen über unmögliche Leistungen (§ 345), insofern der eine Theil die Unmöglichkeit kannte oder hätte kennen müssen. Ebenso bei verbotnen Verträgen und Verträgen über verbotene Leistungen (§ 347). — Wer endlich als Vertreter jemandes auftritt und nicht kundgiebt, daß er keine Vertretungsmacht hat, haftet dem andern Vertragstheil persönlich, wenn die Genehmigung des Vertrages verweigert wird (§ 125); ebenso wer nicht kund giebt, daß er nicht in eignem Namen, sondern für einen andern handeln wollte (§ 116). —

Wird man durch körperliche Ueberwältigung zu einer Erklärung gezwungen, so ist sie nichtig; wird man dazu widerrechtlich durch Drohung oder Betrug bestimmt, so ist sie anfechtbar. Der Unterschied erhellt im Genehmigungsfall. Der Mangel einer anfechtbaren Erklärung wird durch Genehmigung gebessert. Dagegen ist die Bestätigung eines nichtigen Geschäfts als erneute Vornahme desselben zu betrachten, — die freilich bei Verträgen im Zweifel rückwirkende Kraft hat. Im entgegengesetzten Sinne tritt Rückziehung ein, wenn ein anfechtbares Geschäft angefochten wird. Nicht bloß stellt sich der frühere Zustand von selbst wieder her, wie nach dem Eintritt einer auflösenden Bedingung, sondern überdies werden die zwischenzeitigen Veränderungen wieder beseitigt, als ob das Geschäft gar nicht vorgenommen wäre. Die abgetretene Forderung z. B. fällt, auch wenn sie an redliche Dritte gelangt ist, in Folge der Anfechtung ohne weiteres zurück, und die erhobenen Zinsen müssen dem Rückerwerber erstattet werden. Ebenso kehren nicht nur die anfechtbar übertragenen Sachen selbst, sondern auch die seitdem gezogenen Früchte sofort in das Eigenthum des Veräußerers wieder — vorbehaltlich jedoch des Schutzes Gutgläubiger. Dagegen ist der Schuldner befreit, der

ohne Kenntniß der Anfechtbarkeit dem Erwerber geleistet hat (§ 306); und dem redlichen Vertragstheil, der mit einem Bevollmächtigten verhandelt, kann der Machtgeber nicht die Anfechtbarkeit der Vollmacht entgegenhalten (§§ 120 ff.). Werden ferner Ehe und Erbeinsetzung mit Erfolg angefochten, so gelten sie doch redlichen Dritten gegenüber, die mit den Ehegatten oder über Nachlaßgegenstände Geschäfte vorgenommen haben (§§ 1270, 2091), als wirksam. Die Redlichkeit wird regelmäßig nur durch Kenntniß der Anfechtbarkeit, nicht durch fahrlässige Unkenntniß ausgeschlossen (§§ 306, 837).

In dieser Weise wirkt auch die Anfechtung wegen Drohung und Betrug. Dieselbe setzt nicht voraus, daß der Zwang, die Täuschung erheblich, sondern nur, daß sie wirklich von Einfluß waren. Es ist ebensowenig nöthig, daß sich der Gegenbetheiligte selbst der Drohung schuldig gemacht hat; man hat vielmehr erwogen, daß in aufgeregten Zeiten Einzelne zu Gunsten Vieler Drohungen anzuwenden pflegen. Dagegen berechtigt der Betrug eines Dritten zur Anfechtung eines adressirten Geschäftes, z. B. der Annahme des Vertragsantrages nur, wenn dem Empfänger der Erklärung Kenntniß oder fahrlässige Unkenntniß des Betruges vorzuwerfen ist.

Die Anfechtung vollzieht sich durch einfache Erklärung, die an den Vertragsgegner, nicht an den Sondernachfolger, der die zurückzufordernde Sache besitzt, gerichtet werden muß. Führt die Erklärung nicht zum Ziel, so steht die betreffende persönliche oder dingliche Klage offen. Es wird also zwischen der Anfechtung selbst — einer unverjährbaren, jedoch meist befristeten Befugniß — und der daraus entspringenden Klage geschieden.

Statt durch einfache Erklärung ist die Ehe (§ 1266) und die Ehelichkeit eines Kindes, sowie die geschehene Anerkennung desselben bei dessen Lebzeiten durch Klage (§§ 1475, 1478), nach seinem Tode durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht anzufechten. Die letztere Form ist auch zu beobachten, soweit Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (§§ 2039 ff.) und der Verzicht auf das Inventarrecht (§ 2094) anfechtbar sind.

Der Entwurf geht von einem doppelten Gegensatz aus: zwischen Verjährung und Ausschlußfrist und zwischen Verjährung und Ersitzung. Die Ausschlußfrist ist nicht zum Gegenstand allgemeiner Bestimmungen gemacht; ihre Unterscheidung hat praktisch nur die Bedeutung, ob gewisse Bestimmungen über die Verjährung Anwendung finden, weshalb in Folgendem mehrfach der Kürze halber von

der Unterscheidung im Ausdruck abgesehen ist. Die Ersitzung wird im Sachenrecht geordnet. Das Erlöschen von Rechten durch Gebrauchsunterlassung wird überhaupt nicht anerkannt. Ebenso wenig die unvordenkliche Verjährung, die indeß vielleicht innerhalb des vorbehaltenen Landesrechts aufrecht erhalten werden wird.

Verjährbar sind lediglich Ansprüche auf eine Leistung: auf Hingabe von Sachen, auf Abgabe einer Willenserklärung u. s. w., mit einem Wort auf die zur Verwirklichung des Rechts erforderliche Handlung oder Unterlassung. Die Ansprüche können persönlich oder dinglich oder erbschaftlich sein. Abweichend vom code civil knüpft der Entwurf aber nicht an die Verjährung der Eigenthumsklage den Eigenthumserwerb auch des unredlichen Besitzers. Es kann also geschehen, daß der Eigenthümer keine Klage und der Besitzer kein Eigenthum hat. Die Lösung des Zwiespalts bringt dann erst der Weitererwerb durch einen Gutgläubigen. — Unverjährbar sind Ansprüche aus Rechten, die im Grundbuch eingetragen oder vorgemerkt sind, soweit sie nicht Schadensersatz oder Rückstände wiederkehrender Leistungen betreffen (§ 847). Unverjährbar sind ferner Ansprüche vermögenswerthigen oder andern Inhalts aus einem familienrechtlichen Verhältniß, soweit sie auf dessen Verwirklichung für die Zukunft gerichtet sind; z. B. der Anspruch der Ehegatten auf Herstellung der Ehegemeinschaft (§§ 1272, 1275), auf Gewährung des Unterhalts (§§ 1280 ff.), der Anspruch des gesetzlichen Vertreters auf Herausgabe des Pflegebefohlenen (§§ 1505, 1655, 1728) u. s. w. Unverjährbar ist endlich die Feststellungsklage, weil dieselbe als eine rein prozessuale Befugniß aufgefaßt wird. Als Feststellungsklagen sind auch die Statusklagen dem Einfluß des Zeitablaufs entzogen.

Vom guten oder bösen Glauben ist die Verjährung unabhängig. Dieselbe erzeugt eine zerstörende Einrede, welche die Geltendmachung des verjährten Rechts im Wege der Klage oder Einrede hindert, indeß, wie die Rechtskraft, nur auf Anrufen des Berechtigten berücksichtigt wird. Auch die Vollendung der kurzen Verjährungsfristen, die nach code civil nur die Vermuthung der Tilgung begründet, hat denselben Erfolg. Zur Aufrechnung ist eine verjährte Forderung nicht geeignet (§ 281). Wer aber in Unkenntniß des Verjährungsablaufs leistet, kann nicht zurückfordern; wer wissentlich leistet, schenkt nicht. Die Verjährung der persönlichen Forderung hindert ferner nicht die Befriedigung aus dem Pfande für Hauptgeld und laufende Nebenleistungen, berechtigt ebensowenig zur Rück-

forderung des Rechts, das zur Sicherung des verjährten Anspruchs übertragen ist. Mit dem Hauptrecht verjähren die an sich noch nicht verjährten Nebenansprüche, mit dem Gesammtanspruch auf selbstständige, von einem Hauptrecht nicht abhängige Leistungen, z. B. auf vertragsmäßige Zahlung eines jährlichen Unterhaltsgeldes auch die einzelnen bis dahin verfallenen Leistungen. — Die Wirkung der Verjährung beschränkt sich auf die Personen, zwischen denen sie sich vollzieht, und auf ihre Rechtsnachfolger (§§ 336, 339 ff., 1340). Der eine Gesammtschuldner kann sich somit nicht darauf berufen, daß der andere durch Verjährung frei geworden ist, — wohl aber der Bürge auf die Verjährung zu Gunsten des Hauptschuldners (§ 671). Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft erleichtert, aber nicht ausgeschlossen oder erschwert, insbesondere ihre Frist nicht verlängert werden. Nur die kurzfristigen Gewährleistungs- und Schadensersatzklagen des Käufers (§ 397), Schenknehmers (§ 444) und Werkbestellers (§ 571) können bis zum Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist vorbehalten werden.

Die Verjährungsfrist wird unter accessio temporis berechnet. Sie beträgt regelmäßig 30 Jahre. Aber wie bisher sollen eine ganze Reihe von Forderungen in 2 und 4 Jahren verjähren, im ganzen genommen diejenigen, welche zu den laufenden Einnahmen und Ausgaben des Haushalts und Geschäftsbetriebes gehören. Insbesondere sollen die Ansprüche der Gewerbetreibenden u. a. in der kurzen Frist auch dann verjähren, wenn die Waaren u. s. w. zum Geschäftsbetrieb geliefert sind. Bemerkenswerth ist ferner die 3 jährige Verjährungsfrist für Schadensersatzforderungen aus unerlaubten Handlungen (§ 719). Rechtskräftig — vom ordentlichen, vom Schiedsrichter, von Verwaltungsbehörden u. s. w. — zuerkannte und im Konkurse festgestellte, sowie vollstreckbare Vergleichs- und Urkundenansprüche verjähren stets erst in 30 Jahren, soweit sich nicht die Feststellung auf regelmäßig wiederkehrende, erst künftig fällige Leistungen erstreckt.

Die Verjährung beginnt, sobald die Befriedigung rechtlich verlangt werden kann, also erst mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder des Anfangstermins, erst nach Ablauf der Kündigungsfrist. Ein Anspruch, dessen Entstehen oder Kündigung nur von dem Willen des Berechtigten abhängt, wird wie ein entstandener oder gekündigter behandelt. Nur der Beginn der zwei- und vierjährigen Verjährungsfrist wird bis zum Ende des betreffenden Jahres vertagt. Der Gesammtanspruch auf selbstständige wiederkehrende Leistungen beginnt

mit der einzelnen Leistung zu verjähren. Die Verjährung kann gehemmt oder unterbrochen werden. Durch die Hemmung wird der Beginn und der Weiterlauf der Verjährung ausgeschlossen; nach Beseitigung des Hindernisses setzt sich die angefangene Verjährungsfrist fort. Die einmal unterbrochene Verjährung muß jedoch neu zu laufen beginnen. Hemmung und Unterbrechung wirken, wie die Verjährung selbst, nur unter den Personen, zwischen denen sie Thatsache werden, und ihren Rechtsnachfolgern.

Unkenntniß des Rechts und des Verpflichteten hemmt die Verjährung nicht. Ausnahmen bilden in dieser Hinsicht nur der Pflichttheilsanspruch (§ 1999) und die Schadensersatzforderung wegen unerlaubter Handlungen, die aber spätestens binnen 30 Jahren zu erheben ist (§ 719). Hemmniß ist dagegen jedes Hinderniß der Rechtsverfolgung, z. B. eine verzögerliche Einrede. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, des Zurückbehaltungsrechts und der Vorausklage hemmen jedoch nicht, weil dieselben jederzeit zu beseitigen sind. Die Abzugseinrede des Inventarerben bemängelt nur die Höhe des Anspruchs, hemmt also nicht. Hemmniß ist ferner der Stillstand der Rechtspflege; sonstige höhere Gewalt, z. B. Erkrankung, nur soweit sie bei einer 6 Monate nicht übersteigenden oder in den letzten 6 Monaten der Verjährungsfrist besteht. Gegen Geschäftsunfähige, Unselbstständige und juristische Personen läuft die Verjährung, auch wenn sie unvertreten sind. Fällt aber der Vertretungsmangel in den eben bezeichneten Zeitraum, so vollendet sich, soweit die bezeichneten Personen nicht etwa prozeßfähig sind, die Verjährung erst 6 Monate nach der Beseitigung des Mangels. An die Stelle der 6 Monate tritt die Verjährungsfrist, wenn dieselbe weniger beträgt. Auf abwesende Volljährige, denen ein Pfleger hätte bestellt werden müssen (§ 1740), bezieht sich diese Vorschrift nicht; denn dieselbe schützt nur die rechtliche, nicht die rein thatsächliche Klagunfähigkeit. Dem Gläubiger hilft gegen den unvertretenen Minderjährigen § 55 der Civilprozeßordnung. — Der Eintritt des Erbfalls hemmt weder auf der Gläubiger- noch auf der Schuldnerseite die Verjährung. Sie läuft jedoch erst 6 Monate nach Erbschaftsantritt, Bestellung eines Nachlaßpflegers oder Konkurseröffnung ab. — Zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern und Vormund und Mündel ist die Verjährung ausgeschlossen, solange die Ehe, die Minderjährigkeit und das Vormundschaftsverhältniß bestehen; nicht aber zwischen Herrschaft und Gesinde oder juristischen Personen und ihren gesetzlichen Vertretern.

Unterbrochen wird die Verjährung durch Anerkennung und durch gerichtliche Geltendmachung des Rechts. Ein Anerkennungsvertrag ist nicht nöthig; das stillschweigende Anerkenntniß, Zahlung, Pfandbestellung u. s. w., genügen. Gerichtliche Geltendmachung unterbricht, wenn sie geschieht: 1. durch Leistungs-, Feststellungs- oder Vollstreckungsklage, — wofern dieselbe nicht zurückgenommen oder wegen eines Mangels in den Prozeßvoraussetzungen abgewiesen wird; 2. durch Zahlbefehl, — wofern nicht die Wirkungen der dadurch begründeten Rechtshängigkeit erlöschen; 3. durch Streitverkündung in dem für den Anspruch bedingenden Rechtsstreit; 4. durch Vollstreckungshandlungen und Anträge, — die nicht etwa zurückgenommen, abgewiesen oder aufgehoben werden; 5. durch Anmeldung im Konkurse, — wofern dieselbe nicht zurückgenommen wird. Die Unterbrechung dauert bis zur endgiltigen Erledigung des Verfahrens, endet, sowie der Streit in Stillstand geräth, und beginnt wieder mit dem Fortbetrieb desselben.

Auf Ansprüche, die vor einem Schiedsgericht einer Verwaltungsbehörde u. s. w. zu verfolgen sind, finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung. Die Unterbrechung erfolgt dann durch die Handlung, welche das Verfahren in Lauf setzt. Ebenso wenn der Rechtsweg erst nach der Vorentscheidung einer Behörde beschritten werden kann.

Jeder Anspruch soll klagbar sein; auch die Nebenleistung nach Erledigung des Hauptrechts. Ob die vorbehaltlose Annahme der Hauptsache als Verzicht auf die Nebenforderung zu deuten ist, hat der Richter zu ermessen. Klagbar sind grundsätzlich nur fällige Ansprüche. Klagbar sind jedoch auch die erst später fälligen wiederkehrenden Leistungen, die nicht auf Rechtsgeschäft beruhen. Die Kündigungsklage ist gleichfalls statthaft (§ 190), so daß z. B. der Miether noch vor Ablauf der Kündigungsfrist zur Räumung verurtheilt werden kann. — Ob die sachlichen Voraussetzungen des bejahenden Urtheils schon beim Streitbeginn oder erst bei der Urtheilsfällung vorhanden sein müssen, wird nicht entschieden.

Mit der Rechtshängigkeit kann eine Steigerung des Anspruchs eintreten, sofern nicht Unredlichkeit des Beklagten schon früher dieselbe Folge gehabt hat. Der Besitzer und Inhaber der Sache haften dem dinglich Berechtigten (§§ 933, 945, 964, 1017, 1155), dem Erbschaftskläger (§ 2085) und dem persönlichen Gläubiger, dem ein in sich bestimmter Gegenstand herauszugeben ist (§ 244) nach der

Rechtshängigkeit für gezogene und fahrlässig versäumte Nutzungen, sowie für fahrlässige Verschlechterung und Zerstörung der Sache und der Nutzungen. Prozeß- und Urtheilszinsen werden im Entwurf nicht bewilligt.

Das rechtskräftig Zugesprochene kann nicht mehr bestritten, das Aberkannte nicht mehr gefordert werden. Nochmalige Einklagung des Zuerkannten ist dagegen nicht ausgeschlossen; ein Interesse daran kann bestehen, wenn z. B. die Ausfertigungen des Urtheils verloren, die Akten verbrannt sind. Ob das Urtheil novirt, ob die Leistung des unrechtmäßig Aberkannten als Schenkung oder als Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit anzusehen ist, wird der Wissenschaft überlassen. Den sachlichen Umfang der Rechtskraft bestimmt die Civilprozeßordnung. Die persönliche Wirkung der Rechtskraft ist über die Parteien und ihre allgemeinen Rechtsnachfolger hinaus auf Diejenigen ausgedehnt, welche nach Eintritt der Rechtshängigkeit Sondernachfolger der Parteien oder Inhaber des Streitgegenstandes geworden sind. Wer also nach Streitbeginn von dem Eigenthumsbeklagten gemiethet hat, muß sofort dem siegreichen Kläger weichen. Der Schutz des guten Glaubens wird durch diese Vorschrift, die die §§ 236 ff. Civilprozeßordnung erweitert, nicht beeinträchtigt.

Von den allgemeinen Beweisregeln des Entwurfs greift nur eine in die bestehende Praxis ein. Es ist nicht neu, daß der Kläger das Zustandekommen des Geschäfts, wie er es angiebt, zu beweisen hat, wenngleich der Gegner zwar die Errichtung zugesteht, aber behauptet, daß der Abschluß in anderer Weise, z. B. unter aufschiebender Bedingung, erfolgt ist. Allein der Entwurf zieht aus diesem Grundsatz den Schluß, daß der Kläger die Unbedingtheit des Geschäfts auch dann darthun muß, wenn der Gegner die Beifügung einer auflösenden Bedingung einwendet.

Die Rechtshilfe schließt den Selbstschutz nicht völlig aus. Erlaubt ist die maßvolle Selbstvertheidigung zur Sicherung der eignen und fremder Personen: Nothwehr und Zerstörung von Sachen zur Rettung aus einem unverschuldeten Nothstand. Zulässig ist ferner die Selbsthife mittels erlaubter Handlungen; man kann z. B. sein Buch, das der Entleiher nicht wiedergeben will, zurücknehmen, wenn man ohne Hausfriedensbruch in dessen Zimmer kommt. Durch eine an sich unerlaubte Handlung darf man sich selbst jedoch nur schützen, wenn es das Gesetz besonders gestattet. Der wichtigste Fall ist die Zulässigkeit der Selbstbefriedigung mittelst Wegnahme, Zerstörung

oder Beschädigung von Sachen oder mittelst Nöthigung des Verpflichteten zur Erfüllung, wenn Gefahr im Verzuge und obrigkeitliche Hülfe nicht bereit ist. Der Festgenommene ist unverzüglich dem Amtsrichter zur Verhängung des persönlichen Arrestes oder Freilassung vorzuführen. In die weggenommenen Sachen ist sofort Vollstreckung oder dinglicher Arrest zu suchen; sonst sind sie zurückzugeben.

Das Privatpfändungsrecht wegen Beschädigung von Grundstücken durch Menschen und Thiere wird im Entwurf nicht geordnet.

Das Recht der Schuldverhältnisse.

Das in Deutschland gegenwärtig herrschende Obligationenrecht beruht durchweg auf dem römischen Recht; die Abweichungen des preußischen Landrechts und des französischen Code civil entsprechen großentheils nur dem zur Zeit und am Ort ihrer Abfassung herrschenden, allerdings durch den unbewußten Einfluß germanischer Rechtsanschauungen mitbestimmten Verständnisse des römischen Rechts, während die Rechtsprechung im Gebiete des gemeinen Rechts den Wandlungen der Pandektenlehre gefolgt ist und das sächsische Gesetzbuch den Niederschlag des durch Savigny und seine Schule hergestellten reinen Romanismus aufgenommen hat. Der Entwurf zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche hat denselben Weg eingeschlagen, jedoch mit möglichster Annäherung an die im Handelsgesetzbuche zur Geltung gekommenen Grundsätze des heutigen Verkehrs. Die Uebersicht wird sich also bei diesem Theile mit Umrissen begnügen können und nur diejenigen Besonderheiten hervorzuheben haben, welche durch die konstruktiven Eigenheiten des Entwurfs und durch selbstständige gesetzgeberische Erwägungen bedingt sind.

Der Entwurf stellt in der hergebrachten Weise Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden, aus unerlaubten Handlungen und „aus anderen Gründen" nebeneinander. Damit ist der Inhalt des zweiten, dritten und vierten Abschnitts des zweiten Buchs gegeben. Der erste Abschnitt handelt von den Schuldverhältnissen im Allgemeinen; aber auch die ersten Titel des zweiten und dritten Abschnitts enthalten wieder allgemeine Vorschriften, und diese drei Gruppen greifen so vielfach ineinander, daß die logisch korrekte Scheidung, da sie doch nicht streng durchgeführt werden konnte, den Ueberblick nicht gerade erleichtert.

Den ersten Titel „Gegenstand der Schuldverhältnisse" des ersten Abschnitts eröffnet die Bestimmung des § 206: „Gegenstand eines

Schuldverhältnisses kann ein Thun oder ein Unterlassen des Schuldners (Leistung) sein." Die Motive erläutern (II S. 3) diesen Satz damit, daß „ein vermögensrechtliches Interesse nach der Auffassung des Entwurfs nicht zum Wesen der Obligation gehört," ja „die Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses auch nicht damit bekämpft werden kann, daß der Gläubiger kein anderes schutzwürdiges Interesse an der Leistung habe, vorbehaltlich der Prüfung, ob in den betreffenden Fällen ein rechtlicher Verpflichtungswille anzunehmen ist." Damit wird der Richter auf einen Kreisschluß verwiesen, da für die Annahme eines rechtlichen Verpflichtungswillens doch die erste Vorfrage irgend ein ernstlicher Zweck der Verpflichtung und der Mangel eines schutzwürdigen Interesses jedenfalls Mangel eines solchen Zwecks ist. Uebrigens bestimmt § 221, daß „wegen eines anderen als eines Vermögensschadens eine Entschädigung nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden kann." — Mit dem § 206 soll aber weiter (Mot. II S. 265) der allgemeinen Zulässigkeit von Verträgen zu Gunsten eines Dritten Bahn gebrochen sein, welche die §§ 412 u. ff. aussprechen.

Die §§ 207—212 enthalten die herkömmlichen Pandektensätze über das Wahlrecht bei alternativen Obligationen. § 113 überträgt diesen Begriff des Wahlrechts auch auf den Fall der Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache und nimmt mit dieser verschrobenen Wendung die Bestimmung des § 335 des H. G. B. auf, daß der Schuldner eine Sache von mittlerer Art und Güte auszuwählen hat. Durch die Stellung im ersten Abschnitt wird aber diese Bestimmung von entgeltlichen zweiseitigen Verträgen, die das H. G. B. allein im Auge hat, auf einseitige Verbindlichkeiten und sogar auf Schenkungen ausgedehnt, und zwar mit der Folge, daß während nach § 444 der Schenker für die Mängel auch der generisch versprochenen Sache nicht haftet, sein Wahlrecht auf mittlere Art und Güte beschränkt sein würde. Als Zeitpunkt der unwiderruflich vollzogenen „Auswahl" des § 213 bestimmt § 214 den der bewirkten Uebergabe oder den etwaigen früheren des Uebergangs der Gefahr, obwohl die Auswahl in diesem Falle überhaupt keine andere Bedeutung hat als den Uebergang der Gefahr zu bezeichnen. Im Falle des Annahmeverzugs des Gläubigers bei generisch bestimmter Leistung läßt aber § 257 Abs. 2 die Gefahr auf den Gläubiger mit der Nichtannahme der ausgewählten und angebotenen Sache übergehen. Hier ist also die Auswahl Vorbedingung des vor der Ueber-

gabe eintretenden Gefahrübergangs und zugleich bestimmt nach § 214 der Gefahrübergang den unwiderruflichen Vollzug der Auswahl.

Nach § 215 ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte, im Inlande zahlbare Geldschuld in Reichswährung zu zahlen, so daß der Schuldner sich durch Leistung des ausdrücklich Versprochenen nicht befreien kann. § 217 beläßt den gesetzlichen Zinsfuß auf fünf vom Hundert, und zwar auch für den Fall, daß die Schuld nach Rechtsgeschäft zu verzinsen, die Höhe der Zinsen aber nicht bestimmt ist.

Die §§ 218—223 ordnen die Verbindlichkeit zum Schadensersatz in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem gemeinen und Handelsrecht. Insbesondere ist auch (§ 218) der entgangene Gewinn zu ersetzen, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Ebenso hat (§ 222) das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen, ob und in wie weit Ersatzpflicht für verschuldeten Schaden bei mitwirkender Fahrlässigkeit des Beschädigten, „wenn auch nur in Ansehung der Abwehr des Schadens" anzunehmen sei, und insbesondere zu würdigen, ob und in wie fern das Verschulden des einen oder die Fahrlässigkeit des andern Theils überwogen hat. Mit der Ersatzleistung für den Verlust einer Sache oder eines Rechts, welche entzogen oder vorenthalten waren, gehen die Ansprüche des Entschädigten gegen Dritte auf Grund des Eigenthums oder sonstigen Rechts auf den Ersatzpflichtigen über (§ 223), also ohne daß es der gemeinrechtlich erforderlichen Abtretung bedarf.

Der zweite Titel „Inhalt der Schuldverhältnisse" behandelt zunächst in den §§ 224—32 die „Verpflichtung zur Leistung." Einschneidend in das geltende bürgerliche, dagegen übereinstimmend mit Art. 212 des H. G. B. ist zunächst der Satz des § 224 Abs. 1: „Der Schuldner haftet nicht blos wegen vorsätzlicher, sondern auch wegen fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit," so daß im Allgemeinen der Unterschied zwischer grober und leichter Fahrlässigkeit aufgegeben ist; nur zu Gunsten des Schenkers (§ 442), des Verleihers (§ 550) und des negotiorum gestor (§ 750) ist die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt geblieben. Dabei werden für entsprechend anwendbar erklärt die Vorschriften der §§ 708, 709 (die also eigentlich an diese Stelle gehören) über die Ausschließung der Verantwortlichkeit einer des Vernunftgebrauchs beraubten (ausgenommen der Fall selbstverschuldeter Trunkenheit) und der im Kindesalter

stehenden Person, sowie für die vor zurückgelegtem achtzehnten Jahre begangenen Handlungen, wenn die Person bei Begehung derselben „die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht besaß." — Noch einschneidender für das gemeine und preußische Recht ist der zweite Absatz des § 224: „Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters sowie wegen des Verschuldens derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient;" die culpa in eligendo würde damit wenigstens aus dem Obligationenrecht verschwinden.

Die §§ 233—236 ordnen das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners, und zwar wird ihm dies nicht nur, wie im geltenden Recht, für einen geschuldeten Gegenstand zugesprochen „wegen Verwendungen auf denselben oder wegen eines durch denselben ihm zugefügten Schadens;" er ist außerdem ganz allgemein „zur Zurückbehaltung der schuldigen Leistung berechtigt," wenn er „aus demselbon rechtlichen Verhältnisse, auf welchem seine Verpflichtung beruht, gegen den Gläubiger einen fälligen Anspruch hat." Und zwar ergeben die Verweisungen auf die §§ 364, 365 im Eingange des § 233 und in § 234, daß der Entwurf dieses Recht ganz entsprechend der Erfüllung Zug um Zug bei gegenseitigen Verträgen durchaus als eine auf jede Art von Leistungen verallgemeinerte exceptio non adimpleti contractus gedacht hat; worin thatsächlich der Unterschied bestehen soll, den die Motive zwischen „Zurückbehaltung" und „Verweigerung" der Leistung machen, ist unverständlich. Das Recht ist nur im Falle der ausdrücklichen Verpflichtung des Schuldners zur Vorleistung ausgeschlossen; der Gläubiger kann jedoch die Ausübung des Rechts durch Sicherheitsleistung, aber nicht durch Bürgen, abwenden.

Die §§ 237—244 handeln von der Unmöglichkeit der Leistung und den Folgen der Nichtleistung; es ist hier nur von der nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen Unmöglichkeit die Rede; der Vertrag über eine unmögliche Leistung ist in den §§ 344—46 behandelt, die während des Verzugs eintretende in § 251, und besondere Fälle noch an sonstigen Stellen. § 238 enthält eine unbestimmte Verallgemeinerung geltender Rechtssätze dahin, daß der Schuldner, wenn er von der Verpflichtung zur Leistung wegen Unmöglichkeit derselben befreit ist, den für den Gegenstand derselben erlangten Ersatz oder Ersatzanspruch dem Gläubiger auf dessen Verlangen herauszugeben bezw. abzutreten hat, während andererseits die Fassung den gleichen Anspruch des Gläubigers bei der vom

Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung auszuschließen scheint, was doch nicht wohl in der Absicht liegen kann.

Die beiden folgenden Abschnitte enthalten Bestimmungen über den Verzug des Schuldners (§§ 245—253) und des Gläubigers (§§ 254—262), welche durchweg dem gemeinen Recht entsprechen. Der Verzug des Gläubigers setzt kein Verschulden des letzteren, sondern nur die Nichtannahme der angebotenen Leistung (§ 254) voraus (in § 255 ist bestimmt, wann ein bloß wörtliches Anerbieten genügt). Dieser Grundsatz erhält eine besondere Tragweite durch den Satz des § 231 Abs. 2: „Ist für die Leistung eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger vor dieser Zeit die Leistung nicht fordern, wohl aber der Schuldner zu jeder früheren Zeit leisten darf.“

Im dritten Titel „Erlöschen der Schuldverhältnisse“ handeln die §§ 263—271 von der Erfüllung. Hervorzuheben ist nur § 267, welcher die im gemeinen Recht bestehende Unsicherheit über die Anrechnung einer Zahlung beseitigt. Der Entwurf geht von dem Bestimmungsrecht des Schuldners aus; in Ermangelung seiner Bestimmung „wird durch die Leistung zunächst die fällige Schuld, sodann unter mehreren selbstständigen Schulden die dem Schuldner lästigere, und unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld, bei gleichem Alter jede der mehreren Schulden verhältnißmäßig getilgt.“ An die Erfüllung anschließend enthalten die §§ 272—280 selbstständige und eingehende Vorschriften über die Hinterlegung. Hervorzuheben ist, daß der Schuldner, obwohl er durch die Hinterlegung befreit wird (§ 272 Abs. 2), das Recht hat, den hinterlegten Gegenstand zurückzunehmen, wenn er sich desselben nicht durch Erklärung bei der Hinterlegungsstelle begeben hat, und so lange als nicht der Gläubiger bei derselben die Annahme erklärt oder die Hinterlegung rechtskräftig für rechtmäßig erklärt und dies der Hinterlegungstelle durch Vorlegung des Urtheils nachgewiesen ist (§ 274); inzwischen kann kein von der Befriedigung des Gläubigers abhängiges Recht geltend gemacht (§ 276), gleichwohl im Konkurse über das Vermögen des Schuldners der hinterlegte Gegenstand nicht zur Konkursmasse gezogen, und während der Dauer des Konkurses das Recht der Zurücknahme weder vom Schuldner noch vom Konkursverwalter ausgeübt werden (§ 277). Im Falle der Zurücknahme lebt die durch die Hinterlegung aufgehobene Verbindlichkeit mit allen Nebenverbindlichkeiten wieder auf, Pfandrechte jedoch nur, soweit im Uebrigen die Voraussetzungen ihrer Gültigkeit fortgedauert haben (§ 275).

Die Aufrechnung (§ 281—289) wird, wenn die Voraussetzung gleichartiger und beiderseits fälliger Forderungen vorliegt, durch einseitige Willenserklärung des einen Gläubigers (dessen Forderung keine Einrede entgegenstehen darf, § 281 Abs. 2) vollzogen, welche nicht unter Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden darf (§ 282), und wirkt auf den Augenblick zurück, in welchem die Forderungen als zur Aufrechnung geeignet sich gegenüber getreten sind (§ 283). Der aufrechnende Gläubiger hat die Wahl, welche von mehreren zur Aufrechnung geeigneten Forderungen erlöschen sollen; ist die Aufrechnung ohne Wahl erklärt, so finden die Grundsätze über Anrechnung von Zahlungen Anwendung.

Der Erlaß der Schuld (§ 290) wird wie die Abtretung der Forderung (§ 294) von dem Entwurf unter den Gesichtspunkt des „dinglichen" oder „Veräußerungsvertrages" gebracht, dessen Wirksamkeit weder die Angabe des Rechtsgrundes, noch die Uebereinstimmung der Vertragsschließenden über den vorausgesetzten Rechtsgrund, noch das Bestehen eines Rechtsgrundes erfordert. Es finden jedoch die Vorschriften über condictio indebiti entsprechende Anwendung, wenn der Erlaß in der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzung erfolgt ist, daß die erlassene Schuld nicht bestehe. In all diesen Beziehungen ist dem Erlaß das Anerkenntniß gleichgestellt, daß ein Schuldverhältniß ganz oder zum Theil nicht bestehe. Der bloße Verzicht auf die Forderung wird nur durch die Annahme des Schuldners verbindlich.

Im vierten Titel „Sondernachfolge in Forderung und Schuld" handeln zunächst die §§ 293—313 von der Uebertragung der Forderung, unter welcher der Entwurf die vertragsmäßige Abtretung (s. o.), die gerichtliche Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung und den Uebergang der Forderung Kraft Gesetzes begreift; der Einwilligung des Schuldners bedarf es in keinem Falle. Nicht übertragbar ist die Forderung, welche von einer nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers abhängt, oder deren Leistung an einen anderen Gläubiger den Inhalt verändern würde oder nicht möglich ist (§ 295), auch ist die nicht pfändbare Forderung nicht übertragbar und in der Regel auch umgekehrt (§ 296); durch Rechtsgeschäft aber kann die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden (§ 295 Abs. 2). Auf die Haftung für den rechtlichen Bestand der abgetretenen Forderung finden die Vorschriften über Gewährleistung Anwendung (§ 298). Der Schuldner

kann dem neuen Gläubiger Einreden von ausschließlicher Beziehung auf den bisherigen nicht entgegen setzen, indeß mit einer ihm zur Zeit der erlangten Kenntniß von der Uebertragung gegen den letzteren zustehenden Gegenforderung aufrechnen (§§ 302, 303); und diese Zeit entscheidet auch darüber, inwieweit der neue Gläubiger Leistungen an den bisherigen und Verträge mit demselben über die Forderung gegen sich gelten lassen muß (§ 304). Die von dem bisherigen Gläubiger dem Schuldner angezeigte Uebertragung gilt im Verhältnisse zwischen beiden bis zum Widerruf der Anzeige als erfolgt und wirksam (§ 305). Ohne diese Anzeige und ohne Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Urkunde kann der Schuldner, aber nur alsbald und unverzüglich die Kündigung des neuen Gläubigers zurückweisen (§ 308). Bei Uebertragung eines ganzen gegenwärtigen Vermögens oder einer Erbschaft werden alle dazu gehörenden Rechte, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügend ist, durch die erkennbar darauf gerichtete Vereinbarung übertragen (§ 313).

Der Forderungsübertragung stellt der Entwurf in den §§ 314 bis 319 die Schuldübernahme zur Seite. Zunächst als Uebernahme der Verbindlichkeit aus einem Schuldverhältnisse in der Weise, daß der bisherige Schuldner befreit wird und der Uebernehmer an dessen Stelle tritt (§ 314). Dieser Vertrag kann sowohl zwischen dem Gläubiger und Uebernehmer, als (§ 315) zwischen diesem und dem bisherigen Schuldner geschlossen werden, wird aber im letzteren Falle für und gegen den Gläubiger erst mit dessen Genehmigung wirksam, auf die er nur nach geschehener Mittheilung des Vertrages durch einen der Vertragsschließenden ein Recht erhält; der Schuldübernehmer ist dem bisherigen Schuldner die Genehmigung des Gläubigers zu verschaffen verpflichtet. Der Schuldübernehmer kann dem Gläubiger Einreden von ausschließlicher Beziehung auf die Person des bisherigen Schuldners nicht entgegensetzen und mit Forderungen desselben nicht aufrechnen, auch aus dem Rechtsgrunde der mit diesem vereinbarten Schuldübernahme keine Einwendungen herleiten. § 317 bestimmt, ob und wann die mit der Forderung verbundenen verstärkenden Nebenrechte bei der Schuldübernahme bestehen bleiben; bloße Vorzugsrechte fallen fort.

Von der Schuldübernahme unterschieden ist die Erfüllungsübernahme (§ 318), durch welche ein Dritter sich dem Schuldner nur verpflichtet, die Leistung an den Gläubiger zu bewirken; er haftet dann nur dafür, daß dieser den Schuldner nicht in Anspruch

nimmt, hat aber nicht die sofortige Befreiung des Letzteren zu bewirken. Im Zweifel ist anzunehmen, daß nicht die Schuld-, sondern die Erfüllungsübernahme beabsichtigt sei; umgekehrt jedoch, wenn in einem Kaufvertrage die Uebernahme einer persönlichen Schuld des Verkäufers durch den Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis vereinbart ist: nur ist in diesem Falle der Käufer nicht verbunden, die Genehmigung des Gläubigers zu verschaffen, er haftet nur dafür, daß dieser den Verkäufer nicht in Anspruch nimmt. — Endlich bei der Uebernahme eines ganzen gegenwärtigen Vermögens (§ 319) haftet der Uebernehmer ohne Weiteres und ohne daß diese Haftung ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, den Gläubigern für alle zur Zeit vorhandenen Schulden bis zum Werth des Aktivvermögens, unbeschadet der fortdauernden Haftung des bisherigen Schuldners.

Im fünften Titel des ersten Abschnitts hat der Entwurf die „Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern" nebeneinander laufend in einer die Uebersichtlichkeit nicht eben fördernden Weise behandelt. Nachdem in § 321 die Regel aufgestellt ist, daß jeder von mehreren Gläubigern nur einen gleichen Theil der Leistung zu fordern und jeder von mehreren Schuldnern nur einen gleichen Theil derselben zu bewirken verpflichtet ist, ordnen die §§ 321 bis 338 das „Gesammtschuldverhältniß," welches insbesondere dann anzunehmen ist, wenn in dem begründenden Rechtsgeschäfte die Ausdrücke „alle für einen und einer für alle," oder „zu ungetheilter Hand," oder „sammt und sonders," oder „solidarisch," oder „correal" gebraucht sind. In Uebereinstimmung mit allen geltenden Gesetzgebungen hat der Entwurf den in der heutigen gemeinrechtlichen Lehre durchgeführten Unterschied von Correal- und bloßen Solidarobligationen nicht aufgenommen. Während aber die älteren Gesetzgebungen das Verhältniß durchweg auf dem Boden der s. g. Correalität behandeln, das sächsische Gesetzbuch dagegen nur die s. g. Solidarität anerkannt, war für den Entwurf, wie die Motive (II S. 156) sagen, „die Rücksicht auf die Sachgemäßheit, auf den Zweck des Institutes und die Bedürfnisse des Verkehrs für die einzelnen Bestimmungen entscheidend;" in der That sind aber doch die meisten Folgerungen aus dem Correalitätsprinzip aufgegeben. So kann der Schuldner, auch wenn einer der mehreren Gläubiger die Leistung gefordert und selbst gerichtlich verfolgt hat, noch an einen anderen Gläubiger leisten, und das einem Gläubiger gegebene Erfüllungsversprechen schließt die anderen nicht aus (§ 323); für das Verschulden eines von mehreren Gläubigern oder Schuldnern

haften die andern nicht (§ 325); das gleiche gilt von dem Verzuge (§ 326) und entsprechend von der verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung (§ 334 Abs. 1). Mahnung, Kündigung, Anbieten der Leistung gelten nur für denjenigen der mehreren Gläubiger oder Schuldner, von welchem sie ausgehen bezw. gegen denjenigen, an welchen sie gerichtet sind (§ 326). Das zwischen einem Gesammtgläubiger und dem Schuldner oder zwischen dem Gläubiger und einem Gesammtschuldner ergangene rechtskräftige Urtheil wirkt nicht für und nicht gegen die übrigen Gläubiger und Schuldner (§ 327). — Die Untheilbarkeit der geschuldeten Leistung hat auf Seiten der mehreren Schuldner die Wirkungen des Gesammtschuldverhältnisses (§ 340), auf Seiten der mehreren Gläubiger ist Regel, daß der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur dies fordern kann, wenn nicht nach Art des Schuldverhältnisses die Leistung an einen Gläubiger alle befriedigt (§ 339).

Im ersten Titel des zweiten Abschnitts wird unter der Bezeichnung „Gegenstand der Verträge" in den §§ 344 bis 47, 349, 350, 352 gehandelt von der Nichtigkeit der Verträge über unmögliche, verbotene und unsittliche Leistungen, über die Erbschaft eines Dritten vor dem Tode des Erblassers und die Erbschaft eines unbestimmten Dritten, sowie über ein ganzes zukünftiges Vermögen oder einen Bruchtheil desselben, oder den Nießbrauch daran, endlich des Vertrags über eine weder bestimmt bezeichnete, noch aus den Vertragsbestimmungen zu ermittelnde Leistung. Daran reihen sich in den §§ 353—357 Vorschriften darüber, wie die im Vertrag vorbehaltene Bestimmung der Leistung zu treffen ist. Außer Zusammenhang eingeschoben sind die Vorschriften des § 350 Abs. 1 und 351, daß die Verträge über die Verbindlichkeit zur Abtretung eines ganzen gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchtheils desselben und zur Bestellung eines Nießbrauchs daran, sowie zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfen. Wie beim Sachenrecht hervorgehoben ist, stellt der Entwurf neben diesen obligatorischen den s. g. dinglichen Vertrag der wirklichen Uebertragung des Rechts, welcher unabhängig von seinem Rechtsgrunde wirksam ist. Die Folgerung, daß der nachfolgende dingliche Vertrag, d. h. die Erfüllung des obligatorischen den Mangel der Form der letzteren heile, hat der Entwurf in Abs. 2 des § 351 nur für den Vertrag über das Eigenthum an Grundstücken, und zwar seinem ganzen Inhalte nach, gezogen, wenn zufolge der Auflassung die Ein=

tragung geschehen ist. — § 358 bestätigt das geltende Reichsrecht, daß (unbeschadet der Vorschriften des Wuchergesetzes) Zinsen in jeder Höhe vereinbart, und erweitert es dahin, daß sie auch von rückständigen Zinsen bedungen werden können; nur die im Voraus getroffene Abrede von Zinseszinsen ist nach Art. 2 nichtig. Den reichsrechtlichen Vorbehalt eines Kündigungsrechts für den Schuldner, der höhere als sechsprozentige Zinsen versprochen hat, hat nach den Motiven (II S. 196) der Entwurf durch Uebergehen beseitigen wollen.

Den Unterabschnitt über den „Inhalt der Schuldverhältnisse aus Verträgen" eröffnet die Bestimmung des § 359: „Der Vertrag verpflichtet die Vertragschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte, sowie mit Rücksicht auf Treue und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergiebt." Nach § 360 berechtigt die Nichterfüllung des Vertrags von Seiten des einen Theils den andern nicht, von dem Vertrage abzugehen. Muß er hiernach auch die nachträgliche Erfüllung vorbehaltlich des Schadensersatzes für die verspätete Leistung annehmen, so greift doch, wenn er den Schuldner in Verzug gesetzt hat, die Bestimmung des § 247 Abs. 2 ein: er kann die Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, wenn für ihn „in Folge des Verzugs die Leistung kein Interesse hat." Daneben hat nun der Entwurf in § 361 den Begriff des s. g. Fixgeschäfts aus dem Handelsrecht aufgenommen: soll nach dem Vertrage „genau zu einer fest bestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist" erfüllt werden, so erhält der andere Theil bei Nichterfüllung das Wahlrecht, ob er „vom Vertrage zurücktreten" oder auf Erfüllung bestehen will. Der Entwurf unterläßt es jedoch, für letzteren Fall dem Gläubiger gemäß Art. 357 aufzugeben, „unverzüglich" dem Schuldner die getroffene Wahl anzuzeigen, wie er es im Falle des § 360 unterläßt, dem Gläubiger die Anzeige aufzugeben, daß nach Ablauf einer bestimmten Nothfrist die Leistung für ihn „kein Interesse" haben wird, so daß in beiden Fällen der Schuldner rathlos gelassen wird, ob er noch zu erfüllen hat oder nicht. Hat sich der Gläubiger im Falle des § 361 für den Rücktritt entschieden, so finden die Vorschriften über den vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktritt (s. u.) entsprechende Anwendung. — Von der in § 362 aufgenommenen Bestimmung, daß der gegenseitige Vertrag in der Regel Zug um Zug zu erfüllen ist, macht § 363 für den Fall, daß auf der einen Seite urspünglich oder durch Ver-

erbung eine Mehrheit von Personen betheiligt ist, die den Grundsatz des § 320 durchbrechende Anwendung, daß einer der mehreren Berechtigten seinen Antheil an der Leistung des andern Vertragschließenden nur gegen Bewirkung der vollständigen Gegenleistnng fordern kann. Die §§ 364 und 365, deren entsprechende Anwendung schon bei dem Zurückbehaltungsrechte in Betracht kam, bestimmen über die s. g. Einrede des nicht erfüllten Vertrages und die Klage auf Erfüllung Zug um Zug. Hat aber ein Theil „die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen," d. h., wie die Motive bestätigen, nicht bloß die Ablieferung entgegengenommen, „so kann er auf Grund der Mangelhaftigkeit der Leistung nicht wegen Nichterfüllung des Vertrags die Gegenleistung verweigern, sondern nur die ihm sonst zustehenden Ansprüche geltend machen; auch ist er in Ansehung der behaupteten Mangelhaftigkeit beweispflichtig." — Die §§ 366—368 behandeln die Wirkungen der eingetretenen Unmöglichkeit einer Leistung bei gegenseitigen Verträgen. Der Entwurf stellt dabei, abweichend vom gemeinen, aber übereinstimmend mit dem preußischen Landrechte den Grundsatz auf, daß jeder Theil die Gefahr für die ihm obliegende Leistung trägt, also Anspruch auf Gegenleistung nur hat, insoweit er selbst leisten kann, mit der Ausnahme, daß, wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit verschuldet hat, oder bei Eintritt derselben in Verzug gewesen ist, der Schuldner das Recht auf die Gegenleistung behält, soweit er sich nicht dadurch mit dem Schaden des Gläubigers bereichern würde.

Die § 370—380 ordnen die „Gewährleistung des veräußerten Rechts," die §§ 381—411 die „Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache" durchweg dem geltenden Rechte entsprechend; in erster Beziehung greifen selbstverständlich die an die Grundbucheinrichtung sich anlehnenden Rechtssätze ein. Bei der Mängelhaftung ist zunächst auffallend, daß obwohl die Motive nur von verborgenen Mängeln sprechen, diese Einschränkung in § 381 Abs. 2 keinen Ausdruck gefunden hat. Allerdings schließt § 382 Abs. 1 die Haftung aus bei einem Mangel, welchen der Erwerber zur Zeit der Vertragsschließung gekannt hat und im Allgemeinen auch, wenn der Mangel dem Erwerber „nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist;" aber in letzterem Falle haftet doch der Veräußerer nicht nur für ausdrückliche Zusicherung, daß der Mangel nicht bestehe, sondern auch „wenn er denselben gekannt und dem Erwerber verschwiegen hat." Ob sich hieraus in Verbindung mit § 381 die

Folgerung einer Haftung auch für offenbare Mängel ziehen läßt, wird davon abhängen, ob der Richter das „Verschweigen" eines offenbaren Mangels für sinnlos hält oder nicht. — Nach § 397 verjähren die Ansprüche auf Wandelung und Minderung sowie die entsprechenden Einreden, und der Anspruch auf Schadensersatz (Abs. 2, jedoch außer dem Falle wissentlicher Verschweigung) bei beweglichen Sachen mit Ablauf von sechs Monaten, bei unbeweglichen mit Ablauf eines Jahres (von der Uebergabe an Abs. 4). Dem Erwerber ist eine dem Art. 347 des H. G. B. entprechende Verpflichtung zur Prüfung der übergebenen Sache und Anzeige der gefundenen Mängel nicht auferlegt, andererseits aber auch nicht dem Art. 349 das. entsprechend die Möglichkeit gewährt, sich die Einrede durch Anzeige des Mangels innerhalb der Verjährungsfrist zu erhalten. — Bei Veräußerung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache spricht § 398 dem Erwerber außer dem Wandelungs- und Minderungsanspruch auch das Recht zu, die Lieferung einer mangelfreien an Stelle der mangelhaften Sache zu erlangen, ohne daß dem Veräußerer das entsprechende Recht gegeben wird, zur Abwehr jener Ansprüche eine mangelfreie unter Zurücknahme der mangelhaften Sache zu liefern. — Für die Veräußerung von Pferden, Eseln, Mauleseln und Maulthieren, Rindvieh, Schafen und Schweinen enthalten die §§ 400—411 besondere Vorschriften, welche sich im Gegensatze zum römischen Recht auf den Boden der deutschen Rechtsüberlieferung stellen. Die Haftung wird in § 400 auf bestimmte Hauptmängel beschränkt, welche bis zum Ablauf bestimmter Gewährfristen zum Vorschein kommen; die Bestimmung beider für jede Thiergattung ist Kaiserlicher Verordnung vorbehalten. Hat der Erwerber binnen 24 Stunden nach Ablauf der Gewährfrist den Mangel dem Veräußerer angezeigt oder Klage erhoben oder Sicherung des Beweises beantragt, so wird vermuthet, daß das Thier schon zu der Zeit, in welcher die Gefahr auf den Erwerber überging, mit dem Mangel behaftet war. Anspruch auf Minderung findet nicht statt (§ 404); der Wandelungsanspruch verjährt mit Ablauf von zwei Wochen nach Ablauf der Gewährfrist (§ 407). Ein allgemeines Versprechen wegen aller Mängel zu haften, ist nur auf die Hauptmängel zu beziehen (§ 409).

Der Vertrag über die Leistung an einen Dritten berechtigt diesen (§ 412) unmittelbar die Leistung zu fordern, „sofern sich aus dem Inhalte des Vertrags ergiebt, daß diese Berechtigung gewollt ist" und den Empfänger des Versprechens (Abs. 2) „zu fordern, daß die

Leistung an den Dritten bewirkt werde, wenn nicht ein Anderes bedungen ist." Nach der Entstehung des Forderungsrechts des Dritten, dessen Zeitpunkt gleichfalls aus dem Vertrage sich ergeben muß (§ 413), ist eine Aenderung oder Aufhebung des Versprechens (§ 414) nur zulässig, wenn „der Inhalt des Vertrags ergiebt, daß die Vertragschließenden sich die Befugniß dazu haben vorbehalten wollen." Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu, „wenn nicht ein anderes aus dem Inhalte des Vertrages erhellt."

Die Daraufgabe „gilt als Zeichen der erfolgten Vertragsschließung" (§ 417) und „als Reugeld nur dann, wenn dies vereinbart ist." In Ermangelung einer andern Vereinbarung ist die Daraufgabe auf die Leistung des Gebers (§ 418) und bei einer vom Geber verschuldeten Aufhebung des Vertrags und Unmöglichkeit der Erfüllung auf die Schadensersatzforderung des Empfängers anzurechnen (§ 419).

Die für den Fall einer nicht bewirkten Leistung versprochene Conventionalstrafe kann der Gläubiger nach seiner Wahl statt der Hauptleistung oder des Schadensersatzes für die Nichtleistung, und zwar als Mindestbetrag des Schadens (§ 420), die für eine nicht in bestimmter Weise oder zur bestimmten Zeit erfolgte versprochene Leistung neben der Hauptleistung oder dem Schadensersatz fordern (§ 421), jedoch nicht mehr, wenn er die Hauptleistung ohne Vorbehalt angenommen hat. Dem Schuldner liegt der Beweis ob, daß die Leistung dem Vertrage gemäß bewirkt ist (§ 425). Die noch bestehenden Beschränkungen der Höhe der Conventionalstrafe will der Entwurf durch Uebergehen beseitigen.

Der vorbehaltene Rücktritt vom Vertrage wird durch Erklärung gegenüber dem andern Theile unwiderruflich vollzogen (§ 426) und bewirkt, „daß die Vertragschließenden unter einander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre" (§ 427). Die hiernach den Vertragschließenden obliegende Rückgewährung des auf den Vertrag Empfangenen ist Zug um Zug zu erfüllen (§ 428). Das Rücktrittsrecht findet nicht statt, wenn der Berechtigte den Untergang eines empfangenen Gegenstandes vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt, oder über ihn verfügt oder denselben mit einem von ihm nicht zu beseitigenden Rechte eines Dritten belastet, endlich wenn er eine empfangene Sache „durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat" (§ 430).

Das Recht erlischt, wenn es nicht innerhalb der vereinbarten, sonst einer vierwöchentlichen Frist, ausgeübt wird (§ 432). Nach § 431 soll es auch erlöschen, „wenn der Berechtigte den Vertrag auch nur theilweise erfüllt, oder dessen Erfüllung auch nur theilweise verlangt oder annimmt.“ Wie diese Bestimmung mit den §§ 427—430, welche überall von empfangenen Leistungen, Gegenständen und Sachen unbeschadet des Rechts sprechen, zu vereinigen ist, wird auch aus den Motiven nicht ersichtlich. Sind auf einer Seite mehrere Personen ursprünglich oder durch Vererbung betheiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von Allen und gegen Alle geltend gemacht werden und ist für einen von mehreren Berechtigten das Recht erloschen, so ist es auch für die Uebrigen ausgeschlossen (§ 433). Ist das Rücktrittsrecht gegen Reugeld vorbehalten, so ist die Erklärung des Rücktritts nur dann wirksam, wenn bei derselben das Reugeld entrichtet wird oder schon vorher entrichtet war: der Berechtigte ist jedoch, auch wenn er den Rücktritt ohne Leistung des Reugeldes erklärt, seinerseits an diese Erklärung gebunden (§ 435) — ohne daß dem anderen Theile aufgegeben wird, binnen einer bestimmten Frist zu erklären, ob er den Berechtigten beim Rücktritt festhalten will.

In den neunzehn folgenden Titeln des zweiten Abschnitts behandelt der Entwurf als besonders gestaltete Vertragsarten die Schenkung, das Darlehen, Kauf und Tausch, Miethe und Pacht, Gebrauchsleihe, Dienst- und Werkvertrag, Auslobung, Auftrag, Anweisung, Hinterlegung, Einbringung von Sachen bei Gastwirthen, Gesellschaft, Leibrente, Spiel und Wette, Vergleich, Bürgschaft, Pfandvertrag, Schuldversprechen und Schuldverschreibung auf den Inhaber. Aus den Vorschriften über die Schenkung ist hervorzuheben, daß die Annahme derselben vermuthet wird, wenn der Beschenkte, nachdem er von der Bereicherung und der Schenkungsabsicht Kenntniß erlangt hat, nicht unverzüglich die Ablehnung erklärt (§ 438), und daß der Vertrag, „durch welchen jemand sich verpflichtet, etwas schenkungsweise zu leisten“ (Schenkungsversprechen), zur Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf (§ 440); während die durch Veräußerung (d. h. „dinglichen“ Vertrag mit nachfolgender Uebergabe bezw. Eintragung ins Grundbuch) ohne Beobachtung einer besonderen Form vollzogene Schenkung gültig ist (§ 441). Die Formvorschrift gilt auch für Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes (§ 440 Abs. 2).

Bei dem Kaufvertrage (§§ 459—475) hat sich der Entwurf

in wichtigen Beziehungen auf den Boden der in den geltenden Gesetzgebungen überwiegend angenommenen deutschen Auffassung im Gegensatze zur römischen gestellt. Der Verkäufer hat dem Käufer die verkaufte Sache zu übergeben und das Eigenthum an derselben zu verschaffen (entsprechendes gilt, wenn ein Recht Gegenstand des Kaufes ist (§ 459). Andererseits ist der Käufer verpflichtet, nicht nur den Kaufpreis zu zahlen, sondern auch „die Sache abzunehmen" und zwar soll damit nach den Motiven (II S. 318) dem Verkäufer ein selbstständig klagbarer Anspruch gegeben sein, ohne daß jedoch erhellt, ob die Abnahme im Sinne der bloßen Empfangnahme oder wie beim Werkvertrage (§ 572) als Erfüllungsannahme zu verstehen ist. — Ferner trägt nach § 463 der Verkäufer die Gefahr und Lasten der Sache bis zur Uebergabe, hat aber auch bis dahin die Nutzungen, beim Verkaufe eines Grundstücks soll indeß nach Abs. 2 die Gefahr schon mit der Eintragung des Käufers ins Grundbuch auf ihn übergehen, wenn sie vor der Uebergabe geschieht. Bei Versendung der Kaufsache hat § 465 den Grundsatz des Art. 345 des Handelsgesetzbuchs aufgenommen, daß die Gefahr auf den Käufer mit Auslieferung der Sache an die zum Transport bestimmte Person übergeht. In Betreff der Verzinsung des Kaufpreises bleibt dagegen § 467 bei dem gemeinrechtlichen Satze, daß sie dem Käufer von dem Zeitpunkte an obliegt, von welchem ihm die Nutzungen gebühren, jedoch nicht, wenn der Kaufpreis (ohne ausdrückliche Zinsvereinbarung) gestundet ist; obwohl die Motive die größere Folgerichtigkeit des preußischen Landrechtssatzes anerkennen, es könne niemand zugleich Kaufgeld und Sache nutzen, ohne den (ausdrücklichen) Willen des andern Kontrahenten (Motive S. 329). — § 470 bestimmt den Kauf nach Probe dahin, „ daß die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen sind," überläßt aber, wie die Motive § 333 sagen, die Fragen über die Beweislast hinsichtlich der Identität der Probe und der Probemäßigkeit der gelieferten Waare der Wissenschaft und Praxis. Auch über den Kauf auf Besicht oder auf Probe geben die §§ 471—73 den Inhalt des Art. 339 des Handelsgesetzbuchs in der gewundenern Ausdrucksweise des Entwurfs und ohne die klare Bestimmung wieder, daß die Bedingung der Genehmigung im Zweifel als aufschiebende gilt.

Im Anschluß an den Kaufvertrag handeln die §§ 476—480 vom Wiederkauf, die §§ 481—487 vom Vorkauf, die §§ 488—501 vom Erbschaftskauf, § 502 vom Tausch. Der vorbehaltene Wiederkauf

gelangt mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, das Recht auszuüben, zu dem als Wiederkaufspreis anzusehenden Kaufpreise zum Abschlusse. Die Vereinbarung einer dinglichen Wirkung des Wiederkaufsrechts gegen Dritte hat der Entwurf nach den Motiven S. 339 stillschweigend ausschließen wollen. Die Vorschriften über das obligatorische Vorkaufsrecht sind schon beim dinglichen im Sachenrechte berührt. — Durch den Erbschaftskauf „werden die Vertragschließenden unter einander so berechtigt und verpflichtet, wie wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre" (§ 488). Die Gewährleistung des Verkäufers erstreckt sich darauf, daß ihm das Erbrecht zusteht, daß es nicht durch das Recht eines Nacherben beschränkt, nicht durch Pflichttheilsansprüche, Vermächtnisse und Auflagen beschwert, und das Inventarrecht nicht erloschen oder ausgeschlossen ist (§ 492); dagegen nicht auf die Entwehrung erbschaftlicher Gegenstände aus einem sonstigen Grunde, auch haftet er nicht für Mängel derselben (§ 493). Nachlaßgläubiger, Vermächtnißnehmer, Pflichttheils- und Auflageberechtigte können von Schließung des Kaufs an ihre Rechte gegen den Käufer geltend machen, auch wenn sie ihm beim Kauf nicht bekannt waren, unbeschadet der fortdauernden Haftung des Verkäufers; eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig (§ 497).

Die §§ 503—530 enthalten die gemeinsamen Vorschriften über Miethe und Pacht und die besonderen über die Miethe, die §§ 531 bis 548 die besonderen über die Pacht. § 509 enthält den Grundsatz „Kauf bricht Miethe" unter Vorbehalt der gesetzlichen (§ 522 für Miethe, 537 für Pacht) oder der kürzeren vertragsmäßigen Kündigungsfrist; der zur Räumung aufgeforderte Miether ist berechtigt von dem Vertrage sofort für die Zukunft zurückzutreten. Hat der dritte Erwerber dem Vermiether gegenüber dessen Verbindlichkeiten zu erfüllen übernommen, so gelten zu Gunsten des Miethers die Bestimmungen über Verträge zu Gunsten Dritter mit der Maßgabe „daß die unmittelbare Berechtigung des Miethers gegenüber dem Dritten und die Entstehung dieser Berechtigung mit dem Zeitpunkte seines Erwerbes als gewollt anzusehen ist" (§ 512). Die §§ 521 und 543 ordnen das gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Vermiethers und Verpächters an den eingebrachten Sachen des Miethers und Pächters, des Verpächters auch an den Früchten des Pachtgrundstücks. Das Pfandrecht erstreckt sich nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen, es erlischt, wenn die Sachen von dem

Miethgrundstücke nicht heimlich und nicht gegen den Widerspruch des Vermiethers entfernt sind, auch kann der Entfernung derjenigen Sachen nicht widersprochen werden, welche im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Miethers oder im Laufe der gewöhnlichen Lebensverhältnisse entfernt werden. — Unter die Bestimmungen über die (unentgeltliche) Gebrauchsleihe (§§ 549—557) bezieht § 558 auch die „unentgeltliche Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache unter dem Vorbehalt des willkürlichen Widerrufs.“ Nach den Motiven (II § 453) ist darunter das römische Precarium in seiner heutigen gemeinrechtlichen Auffassung gemeint; indeß ist auch bei der Gebrauchsleihe (§ 556) die Widerruflichkeit selbstverständlich, wenn weder Zeitdauer noch Zweck des Gebrauchs bestimmt ist, und § 558 sagt also nur das weiter Selbstverständliche, daß auch bei bestimmtem Zweck die Widerruflichkeit vorbehalten werden kann. Vom römischen Precarium ist also in der That nichts übrig geblieben.

Der Dienstvertrag des Entwurfs (§§ 559—566) umfaßt, wie die gemeinrechtliche Dienstmiethe, nicht nur die Leistung einzelner Dienste (von welchen nur der Mäklervertrag in § 580 besonders behandelt ist) sondern auch die dauernde Verpflichtung zu bestimmten, die ganze wirthschaftliche Thätigkeit des Verpflichteten erschöpfenden Dienstleistungen und die Ueberlassung der ganzen Arbeitskraft zu unbestimmten Diensten. Indeß bleiben neben dem Entwurf nicht nur die reichsgesetzlichen Bestimmungen über die in Handel und Gewerbe vorkommenden Verhältnisse dieser Art bestehen; es läßt auch Art. 46 des Entwurfs zum Einführungsgesetz die landesgesetzlichen Vorschriften über das Gesinderecht unberührt, unbeschadet nur der allgemeinen Bestimmungen des Entwurfs über die Geschäftsfähigkeit, der Vorschriften über Haftung für Verschulden und Delikte des Dienstpersonals und insbesondere des § 564, welcher bei einem auf länger als zehn Jahre oder auf Lebenszeit eingegangenen Dienstverhältnisse dem Verpflichteten nach Ablauf von zehn Jahren ein sechsmonatliches Kündigungsrecht giebt.

Nachdem der Werkvertrag (§§ 567—79) zunächst bestimmt ist als Uebernahme eines Werkes gegen Vergütung (welche auch als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Herstellung den Umständen nach nicht anders zu erwarten war), unterscheidet § 568 zwischen der Herstellung und Lieferung eines Werkes aus einem von dem Unternehmer selbst zu beschaffenden Stoffe, welche den Vorschriften über den Kaufvertrag unterstellt wird, und der auf die Beschaffung von

Zuthaten oder Nebensachen beschränkten Verpflichtung des Uebernehmers, welche allein Gegenstand der Vorschriften über den Werkvertrag ist; unter diesen Begriff wird aber auch die Errichtung eines Bauwerks aus dem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe auf dem vom Besteller zu beschaffenden Grund und Boden gebracht (Abs. 2). Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, d. h. als Erfüllung des Vertrages anzunehmen (§ 572). Erst mit diesem Zeitpunkte wird die Gegenleistung fällig und verzinslich, wenn auch der Besteller das Werk früher in Besitz und Nutzung genommen hat (§ 573). Der Uebernehmer hat wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen ein gesetzliches Pfandrecht an den von ihm gefertigten oder ausgebesserten, noch in seiner Inhabung befindlichen beweglichen Sachen des Bestellers (§ 574). Wegen unerheblicher Mängel kann der Besteller die Abnahme nicht verweigern (§ 572), und wenn die Beseitigung nicht zu erlangen ist, nur Minderung der Gegenleistung verlangen (§ 569). Wegen erheblicher Mängel aber hat, wenn die Beseitigung unmöglich ist, oder von dem Unternehmer wegen unverhältnißmäßigen Aufwandes verweigert, oder nicht in angemessener Frist bewirkt wird, der Besteller die Wahl zwischen Rücktritt und Minderung, außerdem, wenn der Grund des Mangels vom Unternehmer zu vertreten ist, Anspruch auf Schadensersatz. Bei nicht rechtzeitiger Herstellung hat der Besteller gleichfalls die Wahl zwischen Rücktritt und Minderung unbeschadet weiterer Ansprüche aus dem Verzug des Uebernehmers oder der Nichteinhaltung einer fest bestimmten Zeit. Die Vorschriften über Verjährung des Anspruchs aus der Mängelhaftung für eine veräußerte Sache sind auf den Werkvertrag angewendet (§ 571), nur ist für Bauwerke die Verjährungsfrist auf fünf Jahre bestimmt; nach eingetretener Verjährung ist auch der Rücktritt des Bestellers vom Vertrage ausgeschlossen. — Bis zur Abnahme trägt der Uebernehmer auch die Gefahr des Werkes (§ 576); ist es aber vor der Abnahme in Folge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffs oder seiner Anweisungen ohne Mitwirkung eines von dem Besteller oder Uebernehmer zu vertretenden Umstandes untergegangen oder unausführbar geworden, so hat der letztere Anspruch auf die Gegenleistung nach Verhältniß der geleisteten Arbeiten und Auslagen (§ 577). Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes zu jeder Zeit vom Vertrage zurücktreten unbeschadet des verhältnißmäßigen Anspruchs des Uebernehmers auf die Gegenleistung (§ 578).

Die Bestimmungen über **Auslobung** (§§ 581—84) und **Auftrag** (§§ 585—604) zeigen nur wenig Besonderheiten. § 584 enthält ausdrückliche Bestimmungen über **Preisbewerbungen**. — Der Auftrag ist im Zweifel von dem Beauftragten in Person auszuführen (§ 588); hat er befugter Weise die Besorgung des Geschäfts einem andern übertragen, so haftet er nur wegen einer bei dieser Uebertragung ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit (§ 589). Der angefügte Satz: „hat er befugter Weise bei der Ausführung des Auftrags sich eines Gehülfen bedient, so findet die Vorschrift des § 224 Abs. 2 Anwendung," ist eine überflüssige Wiederholung dieser Vorschrift, die aber in ihrer Fassung verwirren könnte. Wer unbefugter Weise sich eines Gehülfen bedient, muß doch erst recht für diesen haften, und § 224 Abs. 2 (s. oben) spricht in der That schlechthin die Haftung des Schuldners wegen des Verschuldens derjenigen Personen aus, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient, so daß der erste Satz des § 589 als eine Ausnahme von diesem Wortlaut erscheint. — Bemerkenswerth ist auch die Bestimmung des § 587: „Nimmt Jemand, welcher zur Besorgung gewisser Geschäfte entweder öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, einen auf solche Geschäfte sich beziehenden Antrag nicht an, so ist er verpflichtet, dem Auftraggeber die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen." Der Entwurf vermeidet also die Fiktion neuerer Gesetzgebungen, namentlich des Handelsgesetzbuchs Art. 323, daß das Schweigen des Beauftragten als Uebernahme des Auftrags gelte und verweist den Auftraggeber ohne Weiteres auf den Schadensersatzanspruch.

Die **Anweisung** (§§ 605—613) ist bestimmt als Behändigung einer Urkunde, durch welche ein Dritter aufgefordert wird, an den Empfänger derselben eine Leistung zu bewirken (§ 605). Als besonderes Geschäft ist also die Anweisung bedingt durch den Anweisungsbrief und dessen Begebung (in den Motiven II S. 558 wird dies durch die unklare Vorstellung verwirrt, der Entwurf habe mündlichen Anweisungen „die Gültigkeit nicht abgesprochen;" sie sind gültig nicht als Anweisungen im Sinne des § 605, sondern als Aufträge). Die Anweisung enthält die doppelte Ermächtigung des Anweisungsempfängers, die Leistung in eigenem Namen zu erheben, und des Angewiesenen, sie für Rechnung des Auffordernden ohne besondere Benachrichtigung durch den letzteren zu bewirken (§ 605). Jede dieser Ermächtigungen wird für sich als Auftragsverhältniß behandelt (einerseits §§ 606—608, andererseits §§ 610—611), auch wird, wenn

die Anweisung zur Deckung einer Forderung des Angewiesenen gegeben ist, diese erst durch den Empfang der angewiesenen Leistung getilgt (§ 609). Die Anweisung aber erlischt nicht durch den Tod eines der drei Betheiligten (§ 613), und durch den schriftlichen Annahmevermerk des Angewiesenen auf dem Anweisungsbriefe (§ 607) entsteht zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger ein selbstständiges, durch den Anweisenden nicht mehr widerrufliches (§ 612) Verpflichtungsverhältniß, in welchem Einwendungen aus dem Verhältnisse des Angewiesenen zum Anweisenden ausgeschlossen sind.

Die durch den Hinterlegungsvertrag (§§ 614—625) begründete Verpflichtung des Verwahrers, die ihm übergebene Sache „aufzubewahren" (§ 614), wird in den Motiven (II. S. 571) dahin erläutert, daß im Gegensatze zum gemeinen Recht aber in Uebereinstimmung mit den neueren Gesetzgebungen der Verwahrer die Obhut, custodia, auch ohne besondere Vereinbarung zu leisten hat. Eine Vergütung kann dem Verwahrer versprochen werden und gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (§ 615). Abweichend vom gemeinen Recht ist das allgemeine Retentionsrecht für Verwendungen und Gegenansprüche (§ 233) bei der Hinterlegung nicht ausgeschlossen. Das sogenannte depositum irregulare stellt § 618 unter den Begriff des Darlehnsvertrages (618). — Die Haftung der Gastwirthe für die bei ihnen eingebrachten Sachen erstreckt sich „auf solche Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten, welche nicht zu den laufenden Bedürfnissen des Gastes dienen," nur dann, wenn sie dem Gastwirth zur Aufbewahrung übergeben sind, oder wenn er diese abgelehnt hat, oder wenn der Schaden vom Gastwirth oder seinen Leuten verschuldet ist (§ 627).

Den Gesellschaftsvertrag (§§ 629—659) hat der Entwurf in steter Annäherung an das Handelsgesetzbuch sehr eingehend behandelt; die §§ 656 und 658 über die Auseinandersetzung bei Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden eines Gesellschafters nehmen den Raum von je einer Seite ein. Bemerkenswerth ist die Bestimmung des § 638, daß die im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter eingeräumte Befugniß zur Geschäftsführung insoweit nicht als Auftrag behandelt wird, als der Gesellschafter, welcher sie übernommen hat, sich derselben nicht entziehen und sie ihm auch nur durch Gesellschaftsbeschluß entzogen werden kann, „wenn ein wichtiger, nach den Umständen die Entziehung rechtfertigender Fall vorliegt." Die aus dem

Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter gegen die übrigen zustehenden Forderungen sind unübertragbar, ausgenommen die Forderungen aus der Geschäftsführung, deren Berichtigung noch vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, der Gewinnantheile und des bei der Auseinandersetzung sich ergebenden Antheils (§ 644). Wird der Gesellschaftsvertrag zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts geschlossen, so kann von den Gesellschaftern die Anwendbarkeit der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften vereinbart werden (§ 659).

Eine versprochene Leibrente ist im Zweifel auf die Lebensdauer des Gläubigers (§ 660) und im Voraus, und zwar bei Geldleistung auf drei Monate, zu entrichten (§ 661); der bestimmte Betrag bezieht sich im Zweifel auf eine Jahresperiode (§ 662), und alles dies gilt entsprechend bei einer auf Verfügung von Todeswegen, Urtheil oder Gesetz beruhenden Leibrente (§ 663). — Durch Spiel und Wette (§ 664) und eine staatlich nicht genehmigte Lotterie (§ 665) wird ein Schuldverhältniß nicht begründet. Das Geleistete kann zwar nicht zurückgefordert, die Erfüllung eines darüber ertheilten Schuldversprechens oder Anerkenntnisses aber verweigert und Befreiung von der Verpflichtung verlangt werden.

Die Bestimmungen über die Bürgschaft (§§ 668—679) sind auf den allgemein geltenden Grundlagen sorgfältig ins Einzelne ausgearbeitet. Die Haftung des Bürgen erstreckt sich auf Erweiterungen und Veränderungen der Hauptverbindlichkeit, welche sich auf Verschulden und Verzug des Schuldners, aber nicht auf solche, die sich auf ein nach Schließung des Bürgschaftsvertrages von dem Hauptschuldner eingegangenes Rechtsgeschäft gründen (§ 672). Mitbürgen haften als Gesammtschuldner, gleichviel ob sie zu derselben Zeit oder nicht, gemeinsam oder nicht sich verbürgt haben (§ 673). Die §§ 674, 675 ordnen die Einrede der Vorausklage, § 677 den Anspruch des Bürgen, welcher sich im Auftrage des Schuldners verbürgt hat, auf Befreiung von der Bürgschaft oder Sicherheitsleistung. Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, wird auf ihn dessen Forderung gegen den Hauptschuldner kraft des Gesetzes übertragen (§ 676); zum Nachtheil des Gläubigers kann die Uebertragung nicht geltend gemacht werden. Nach den Vorschriften über die Bürgschaft ist auch, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellt, das Rechtsverhältniß aus dem ertheilten und angenommenen Auftrage, in eigenem Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Credit zu geben zu beurtheilen (§ 680).

Die Gültigkeit eines Schuldversprechens oder Anerkenntnisses, in welchem ein besonderer Verpflichtungsgrund nicht angegeben oder nur im allgemeinen bezeichnet ist, wird durch schriftliche Form bedingt (§ 683); der Schuldner kann unter den Voraussetzungen der Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung die Erfüllung verweigern oder Befreiung verlangen, und die Vorschriften über Rückforderung einer irrthümlich gezahlten Nichtschuld finden entsprechende Anwendung, „wenn die Urkunde in der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzung ertheilt ist, daß eine Verbindlichkeit bestehe" (§ 684).

Die Verbindlichkeit der Schuldverschreibung auf Inhaber (§§ 685—703) gründet der Entwurf auf das einseitige verbriefte Schuldversprechen. Der Aussteller wird dadurch auch dann verpflichtet, wenn ihm die Schuldverschreibung gestohlen oder von ihm verloren oder in anderer Weise ohne seinen Willen, selbst nach seinem Tode oder eingetretener Geschäftsunfähigkeit desselben in den Verkehr gelangt ist (§ 686). Er darf dem Inhaber nicht deshalb die Leistung verweigern, weil dieser die Schuldverschreibung in unredlicher Weise erworben hat (§ 687) und kann sich gegen ihn nur solcher Einwendungen bedienen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich auf den Inhalt der Schuldverschreibung oder sein persönliches Rechtsverhältniß zum Inhaber gründen (§ 689); er ist aber zur Leistung nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung verpflichtet (§ 688). Zinsscheine auf Inhaber bleiben in Kraft, auch wenn die Hauptforderung überhaupt oder in dem bezeichneten Betrage nicht mehr zu verzinsen ist; der Aussteller kann aber den Betrag nicht zurückgegebener Zinsscheine bei Einlösung der Hauptforderung kürzen (§ 690). Die Schuldverschreibung erlischt (nicht verjährt), wenn sie nicht binnen dreißig Jahren nach Fälligkeit der Leistung zum Zweck derselben vorgelegt ist (die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung greifen also nicht ein). Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine erlöschen nach Ablauf von vier Jahren seit dem Schlusse des Jahres, in welchem sie fällig waren (§ 691). Das Erlöschen kann jedoch für beide Fälle ausgeschlossen und Dauer, Beginn und Lauf der Fristen in der Schuldverschreibung abweichend bestimmt werden. Die §§ 692—696 ordnen das Aufgebotverfahren für abhanden gekommene oder vernichtete Schuldverschreibungen auf Inhaber. Für Zinsscheine u. s. w. findet dieses Verfahren nicht statt; der bisherige Inhaber kann nach Ablauf der Erlöschungsfrist vom Aus-

steller den Betrag verlangen, wenn er vor Ablauf den Verlust dem Aussteller angezeigt hat und den Verlust des Scheines beweist, auch der Aussteller diesen nicht vorher eingelöst hat; dieser Anspruch kann jedoch in dem Zinsscheine u. s. w. ausgeschlossen werden (§ 697). Bei Verlust eines auf Inhaber lautenden Erneuerungsscheines ist der Aussteller auf Anzeige des Inhabers der Schuldverschreibung verpflichtet, die auf denselben zu erhebenden neuen Zinsscheine u. s. w. jenem, nicht dem Inhaber des Erneuerungsscheines zu ertheilen (§ 698). Die §§ 699 und 700 betreffen die Ertheilung neuer an Stelle beschädigter Schuldverschreibungen auf Inhaber und die Umschreibung einer solchen auf den Namen eines bestimmten Berechtigten. Schuldverschreibungen auf Inhaber über eine bestimmte Geldsumme dürfen nur mit Staatsgenehmigung ausgestellt und in Verkehr gebracht werden; andernfalls sind sie nichtig und der Aussteller dem Inhaber für den durch die Ausgabe verursachten Schaden verhaftet (§ 701). Billette, Karten, Marken u. s. w. werden als Inhaberpapiere nur behandelt, wenn „der Wille des Ausstellers erhellt, dem jeweiligen Inhaber zu einer Leistung verpflichtet zu sein" (§ 702). Auf Urkunden, in welchen der Gläubiger benannt oder auf einen bestimmten Gläubiger hingewiesen ist mit der Bestimmung, daß die darin versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann, ist der Inhaber nicht berechtigt, die Leistung zu fordern, dagegen der Schuldner berechtigt, sich durch Leistung an den Inhaber zu befreien (§ 703). Es sind dies die s. g. qualificirten Legitimationspapiere (Leihhausscheine, Sparkassenbücher, Lebensversicherungspolicen).

Die allgemeinen Vorschriften des dritten Abschnittes eröffnet in § 704 die Unterscheidung der Ersatzpflicht für Schaden, dessen Entstehung vorauszusehen und nicht vorauszusehen war, je nachdem durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung nur ein Schaden zugefügt, oder der Schaden durch die Verletzung des Rechts eines andern, wozu Leben, Leib, Gesundheit, Freiheit und Ehre gerechnet werden, verursacht ist. Als widerrechtlich gilt nach § 705 auch „die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem andern zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt" (s. g. illoyale Handlungen). Die §§ 710—712 beschränken die Haftung für widerrechtliche Handlungen Anderer, entgegengesetzt dem für obligatorische Verhältnisse in § 247 Abs. 2 angenommenen Grundsatze, auf die Versäumung einer Aufsichtspflicht und die „Auswahl einer unge-

eigneten Person." Die §§ 713—14 bestimmen über solidarische Haftung für Schadensersatz, die §§ 715—18 über den Umfang der Ersatzpflicht. Der Anspruch auf Schadensersatz aus einer unerlaubten Handlung verjährt in drei Jahren seit der Kenntniß des Gläubigers von dem erlittenen Schaden und der Person des Schuldners, äußerstenfalls in dreißig Jahren seit die unerlaubte Handlung begangen ist (§ 719), die Verjährung schließt aber den Anspruch aus der Bereicherung nicht aus (§ 720). Die reichsgesetzlichen Vorschriften über Buße läßt der Entwurf unberührt (§ 721).

Der zweite Theil des dritten Abschnitts ordnet in den §§ 722—23 die Ersatzpflicht für vorsätzliche und fahrlässige Tödtung eines Menschen, insbesondere auch zu Gunsten desjenigen „welcher zu dem Getödteten in einem Rechtsverhältnisse stand, durch welches gegen den Getödteten ein gesetzlicher Anspruch auf Unterhalt bereits entstanden war oder zur Entstehung gelangen konnte," § 726 den Ersatz für Verletzung an Körper und Gesundheit, § 727 für Entziehung der persönlichen Freiheit, § 724 die in all diesen Fällen eintretende Rentenentschädigung in Anlehnung an die geltenden reichsgesetzlichen Bestimmungen, und § 728 bestimmt, daß in denselben „auch wegen eines andern als eines Vermögensschadens eine billige Geldentschädigung zugesprochen werden kann" (s. g. Schmerzensgeld). Die §§ 729—733 ordnen den Ersatz für Verletzung durch dejectum et effusum. § 734 macht denjenigen, der ein Thier hält, haftbar für den Schaden, der aus der Verabsäumung der Pflicht entsteht „unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters diejenigen Vorsichtsmaßregeln zu treffen, welche erforderlich sind, um das Thier an der Zufügung von Beschädigungen zu hindern;" § 735 den Besitzer eines Grundstücks für den Schaden, der einem Dritten durch den Einsturz eines auf dem Grundstücke befindlichen Gebäudes oder sonstigen Werkes entsteht, wenn dieser Einsturz in Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung eintritt und der Besitzer die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zur Verhütung dieses Schadens verabsäumt hat. § 736 endlich bestimmt die Ersatzpflicht der Beamten wegen verletzter Amtspflicht.

Im vierten Abschnitt behandelt der erste Titel die Ansprüche aus der Bereicherung wegen Leistung einer Nichtschuld (§§ 737—741), Nichteintritts der Voraussetzung einer Leistung (§§ 742—744), Wegfalls ihres Rechtsgrundes (§§ 745—746), verwerflichen Empfangs (§ 744), und sonstigen grundlosen Habens (§ 748); der zweite Titel

die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 749—761), der dritte Titel die Gemeinschaft (§§ 762—773), der vierte Titel Vorlegung und Offenbarung (§§ 774—777). Für die Begründung der condictio indebiti erfordert § 737 Abs. 1 nur den Beweis, daß zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden und diese zur Zeit der Leistung nicht bestand; nach Abs. 4 ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn der Leistende zur Zeit der Leistung Kenntniß des Nichtbestehens der Verbindlichkeit hatte, so daß dieser Beweis dem Empfänger der Leistung obliegt. Die §§ 739—740 bestimmen die Verpflichtungen des gutgläubigen Empfängers, insbesondere, daß er zur Herausgabe des Empfangenen oder Werthvergütung insoweit nicht verbunden ist, als er bei Eintritt der Rechtshängigkeit durch das Geleistete nicht mehr bereichert ist (§ 739 Abs. 2). Der bösgläubige Empfang begründet Deliktshaftung (§ 741 Abs. 1); durch mala fides superveniens treten die bei dem gutgläubigen Empfänger an die Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen mit dem Zeitpunkt der erlangten Kenntniß ein (§ 741 Abs. 2). — In gleicher Weise stuft § 744 die Haftung des Empfängers einer Leistung ab, deren Voraussetzung nicht eingetreten ist, desgleichen § 745 für die auf einen weggefallenen Rechtsgrund empfangene Leistung und § 748 für sonstiges grundloses Haben insoweit, als die Kenntniß des Wegfalls oder der Grundlosigkeit als mala fides superveniens behandelt wird; für die auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren oder unter Vorbehalt der Rechte ergangenen Urtheils bewirkte Leistung wird jedoch die Wirkung der Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Leistung zurückbezogen (§ 746) und das Gleiche gilt für die condictio ob turpem causam.

Als Geschäftsführung ohne Auftrag bestimmt § 749 die Besorgung eines Geschäftes für einen Anderen ohne dessen Auftrag und ohne Amtspflicht. Damit soll nach den Motiven (II. S. 855—56) die Unterscheidung eines sogenannten objektiv und subjektiv fremden Geschäfts und das Erforderniß ausgeschlossen sein, daß die Besorgung für einen bestimmten Geschäftsherrn geschehe. Neben der allgemeinen Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit haftet der Geschäftsführer besonders für Ersatz des Schadens, welchen er dadurch verursacht hat, daß er gegen den bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erkennbaren Willen (also nicht nur gegen ein Verbot) des Geschäftsherrn gehandelt hat (§ 749 Abs. 2). Ist jedoch die im öffentlichen Interesse gebotene Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden Verbindlichkeit oder einer gesetzlichen Unterhaltspflicht be-

wirkt, welche ohne die Geschäftsbesorgung nicht ordnungsmäßig erfüllt worden wäre, so hat der Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn die Ansprüche eines Beauftragten selbst dann, wenn er gegen dessen Verbot gehandelt hat (§ 755). In anderen Fällen ist seine actio contraria dadurch bedingt, daß er „so gehandelt hat, daß anzunehmen ist, es würde sein Verhalten vom Geschäftsherrn bei Kenntniß der wirklichen Sachlage gebilligt worden sein," jedoch „wird vermuthet, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen" (§ 753). Nach § 754 hat nicht der Geschäftsführer zu beweisen, daß er mit dem Willen, sondern der Geschäftsherr, daß jener ohne den Willen gehandelt hat, diesen zu verpflichten (§ 754).

Die Vorschriften des dritten Titels beziehen sich nur auf die Gemeinschaft nach Bruchtheilen; diese ist jedoch nach § 762 anzunehmen, sofern nicht aus dem Gesetze sich ein anderes (wie für die offene Erwerbsgesellschaft § 659 und die ehegüterlichen Gemeinschaftsverhältnisse) ergiebt. Die Vorschriften beschränken sich aber nicht auf Miteigenthum, sondern erstrecken sich auf alle Rechte, welche in dieser Weise, „d. h. nach ideellen, im Verhältnisse zum Ganzen gedachten Antheilen (Motive II S. 873) mehreren Personen zustehen können. Für diesen Umfang spricht § 767 den römischen Grundsatz der Theilbarkeit in der Fassung aus: „Jeder Theilhaber kann zu jeder Zeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, soweit nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist" und dieser Anspruch unterliegt nicht der Verjährung (§ 768). Eine entgegenstehende Vereinbarung kann nicht für alle Zeit und nicht für länger als 30 Jahre wirksam geschlossen werden; sie tritt nach Ablauf dieser Zeit ohne Weiteres außer Kraft, ferner wenn nicht ein Anderes vereinbart ist, mit dem Tode eines Theilhabers (§ 767 Abs. 2). So lange der Anspruch ausgeschlossen ist, kann jeder Theilhaber verlangen, daß die übrigen in eine dem Interesse aller nach billigem Ermessen entsprechende Art der Verwaltung willigen (§ 772) und es kann eine der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entsprechende und das Recht eines Theilhabers auf den ihm gebührenden Antheil an den Nutzungen nicht verletzende Verwaltung und Benutzung durch Stimmenmehrheit nach der Größe der Antheile beschlossen werden (§ 765 Abs. 3), obwohl grundsätzlich (Abs. 1) die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes allen Theilhabern nur gemeinschaftlich zusteht.

Wer wegen eines gegen den Besitzer oder Inhaber einer Sache

in Ansehung der letzteren ihm zustehenden Anspruchs oder um sich Gewißheit zu verschaffen, ob ihm ein solcher Anspruch zustehe, an der Besichtigung der Sache „ein Interesse" hat, kann verlangen, daß ihm die Sache (auf seine Gefahr und Kosten, § 776) vorgelegt oder vorgezeigt und deren Besichtigung gestattet werde (§ 774). In gleicher Weise kann die Vorlegung und Gestattung der Einsicht einer Urkunde von demjenigen, welcher „ein Interesse daran hat," verlangt werden, jedoch nur unter den Voraussetzungen, unter welchen im Rechtsstreite ein Dritter zu der durch Beweisbeschluß für erheblich erklärten Vorlegung einer Urkunde verpflichtet ist (§ 775). Wer einen Inbegriff von Vermögensgegenständen ganz oder zu einem Bruchtheile herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu ertheilen verpflichtet ist, hat dem Berechtigten auf dessen Verlangen ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen und dessen Vollständigkeit durch Offenbarungseid zu bekräftigen (§ 777).

Das Sachenrecht.

Das Sachenrecht wird von dem Gegensatz zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen beherrscht, der sich besonders in den Formen des sachenrechtlichen Verkehrs ausprägt und in der Schöpfung eines eigenen Grundbuchrechts seinen augenfälligsten Ausdruck findet. Dadurch wird indeß die Einheit dieses Rechtstheils nicht zerrissen. Dieselbe erweist sich nicht bloß in dem gemeinsamen Begriff des dinglichen Rechts. Selbst die Verschiedenheit des Formenwesens dient dazu, gleichartigen Rechtssätzen für bewegliche wie für unbewegliche Sachen eine Unterlage zu schaffen: der Lehre vom dinglichen Rechtsgeschäft, von der Formpflichtigkeit dinglicher Rechtsänderungen und — daran angelehnt — vom guten Glauben.

Die Veränderung der dinglichen Rechte setzt ein dingliches Rechtsgeschäft und die Erfüllung der dinglichen Form voraus.

I. Das dingliche Rechtsgeschäft hat zum Gegenstand die Willenserklärung, daß ein dingliches Recht begründet oder belastet werden, übergehen oder erlöschen, bezw. daß ein entsprechender Grundbucheintrag stattfinden soll (§§ 828, 874, 983, 1147). Es ist abstrakt, von dem obligatorischen Titel, zu dessen Vollzuge es etwa dient, unabhängig. Die Ungültigkeit eines Kaufes kann also nicht die dingliche Wirkung der Auflassung beeinträchtigen, sondern höchstens ein persönliches Recht auf Rückauflassung erzeugen. Umgekehrt heilt

vielmehr die Auflassung die Formmängel des zu Grunde liegenden Vertrags (§ 351). Nur Hypothek (§ 1062) und Faustpfandrecht (§ 1145) — aber nicht die Grundschuld (§ 1135) — setzen, da sie nur Nebenrechte sind, zur Begründung, wie zum Bestand eine wirksame Forderung voraus.

Das dingliche Rechtsgeschäft ist bei beweglichen Sachen formlos. Auflassung und Bestellung eines Erbbaurechts (§§ 868, 962) haben dagegen vor dem Grundbuchrichter zu geschehen; im übrigen bedürfen Verträge über Rechte an unbeweglichen Sachen, da sich Grundbucheinträge darauf stützen sollen, wenigstens der Schriftlichkeit. Bindend werden sie erst, wenn sie in gehöriger Weise an das Grundbuchamt gelangen, — wofern sie nicht vor demselben geschlossen werden; also wenn alle Theile sie einreichen, oder der Grundbucheintrag auch nur auf einseitiges Gesuch bewirkt wird (§ 828). Die Form der einseitigen Verzichterklärungen ist sogleich zu erwähnen.

Das dingliche Rechtsgeschäft ist einseitig oder ein Vertrag. Eines Vertrages bedarf es zur Uebertragung aller dinglichen Rechte und zur Begründung oder Belastung eines Rechts an fremder Sache (§§ 828, 874, 983, 1147). Einseitig erfolgt die Aufhebung dinglicher Rechte, die somit als Verzicht erscheint. Der Verzicht auf Nießbrauch und Pfandrecht an beweglichen Sachen wird dem Eigenthümer erklärt (§§ 1016, 1189), die Dereliktion von Grundstücken (§ 872) und der Verzicht auf das Erbbaurecht (§ 965) vor, der Verzicht auf Vorkaufsrecht, Dienstbarkeiten an Grundstücken und Reallasten gegenüber dem Grundbuchamt (§§ 960, 965, 977, 1015, 1061). Zur Löschung von Hypothek und Grundschuld (§§ 1091, 1136) ist indeß, wenn dieselben nicht dem Eigenthümer zustehen, eben wegen der Zulassung der Eigenthümerhypothek und -Grundschuld ein Vertrag zwischen Gläubiger und Eigenthümer nöthig. Ist das aufzuhebende Recht oder das herrschende Grundstück, an das Dienstbarkeit-, Vorkaufsrecht u. s. w. geknüpft, mit dem Rechte eines Dritten belastet, so setzt die Aufhebung regelmäßig auch die Einwilligung des Letzteren voraus. Denn das Konsensprinzip erfordert, daß alle Diejenigen, zu deren Lasten eine dingliche Rechtsänderung erfolgt — die Passivbetheiligten — darin willigen. Die Bewilligung muß von den zur Zeit der Bewilligung Berechtigten ertheilt werden; doch wird auch die Einwilligung eines Nichtberechtigten — bei beweglichen oder unbeweglichen Sachen — wirksam, wenn der Berechtigte zuvor zugestimmt hat, oder nachher genehmigt, oder wenn der Nichtberechtigte später das Recht erwirbt

oder von dem Berechtigten vorbehaltlos beerbt wird (§§ 830, 876, 983, 1147). Die Einwilligung wird durch richterlichen Befehl, Verurtheilung zur Uebergabe, Arrest u. s. w. (§§ 833, 846, 875, 983, 1147) ersetzt.

II. Um den dinglichen Rechtsstand erkennbar zu machen, tritt als weiteres Erforderniß der Rechtsänderung zu dem dinglichen Rechtsgeschäft die dingliche Form: bei beweglichen Sachen der Besitzwechsel, bei unbeweglichen der Grundbuchvermerk.

Eigenthum kann an einer beweglichen Sache nicht ohne den Besitz (§ 874), Nießbrauch und Pfandrecht nicht ohne die Innhabung erworben werden (§§ 983, 1147). Der Uebergang der Innhabung ist lediglich etwas Thatsächliches und in der mannigfaltigsten Weise, insbesondere auch in den Formen des Besitzerwerbes denkbar. Deshalb werden nur die letzteren hervorgehoben (§§ 803 ff.): Uebergabe, Anweisung und constitutum possessorium.

Die Uebergabe, d. h. Besitzeinräumung und -Ergreifung, vollzieht sich körperlich oder symbolisch, z. B. durch Einhändigung der Schlüssel oder brevi manu traditio. — Die Anweisung, die Gewalt für den Erwerber auszuüben, wird von dem bisherigen Besitzer an den Innhaber erlassen; zugleich hat der Erwerber einem von diesen Beiden — wenn auch nur stillschweigend — den Besitzwillen zu erklären. Der Besitz geht aber nicht über, wenn der Innhaber gegenüber dem Besitzer oder dem Erwerbslustigen der Anweisung unverzüglich, nachdem er sie empfangen, widerspricht. — Das constitutum possessorium ist nur wirksam, wenn der Besitzer infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses zum Erwerber, wie Miethe oder Auftrag, befugt oder verpflichtet ist, die Sache als Innhaber zu behalten. — Für die Begründung von Eigenthum und Nießbrauch stehen alle diese Erwerbsarten offen. Zur Bestellung des Faustpfandes ist jedoch das constitutum possessorium ungeeignet.

Die freiwillige Uebergabe wird durch die Wegnahme des Gerichtsvollziehers ersetzt, wenn auf Uebertragung des Eigenthums oder Bestellung von Nießbrauch und Pfandrecht erkannt ist (§§ 875, 903, 1147). — Eine eigene Begründungsform hat das Pfändungspfandrecht.

Nach § 874 Abs. 3 ist Uebergabe nicht erforderlich, wenn der Erwerber die Sache bereits besitzt, — nicht nur inne hat. Der Erbe hält sie z. B. für ein Nachlaßstück; er wird später seines Irrthums inne und läßt sie sich von dem Eigenthümer veräußern. In Wahrheit liegt aber hier ein stillschweigendes constitutum possessorium des

Erwerbers und bisherigen Besitzers zugunsten des Eigenthümers und eine sofort folgende brevi manu traditio vor (Motive S. 335 Z. 4).

Ohne eine Veränderung der thatsächlichen Gewalt kann ein Recht an einer beweglichen Sache im Wege des Rechtsgeschäftes auch nicht aufgehoben werden. Es scheint dagegen zu sprechen, daß einseitige Erklärung zum Verzicht auf Nießbrauch und Pfandrecht genügt. Allein Besitz und Inhabung können auch durch bloße Willenserklärung verloren werden (§ 808).

Der Grundbuchvermerk ist vielfach lediglich Beurkundungsmittel. Wenn der Tod den Rechtsstand verändert, so kann das Grundbuch nur nachträglich die Folgen anzeigen; ebenso wenn sich der Eigenthumswechsel durch Enteignung oder bäuerliche Zusammenlegungen nach Landesrecht schon an den Spruch der Behörde knüpft. Die eigentlichen Verkehrsgeschäfte, die freiwilligen Rechtsveränderungen, haben jedoch den Buchvermerk zu ihrer Vollzugsform; erst die Buchung bringt dann das Recht zum Entstehen oder Erlöschen. Aber auch dann hat sie nicht formale Rechtskraft in dem Sinne, daß selbst die willkürliche oder versehentliche Buchung Rechte zu ändern vermöchte; seine Wirkung entnimmt der Buchvermerk vielmehr erst dem vorausgegangenen dinglichen Geschäft, wie ja auch die Uebergabe einer beweglichen Sache nur in Verbindung mit einem darauf gerichteten Vertrag Eigenthum oder Pfandrecht überträgt. Die selbstständige Bedeutung des Buchvermerks liegt allein in der — widerlegbaren — Beweisvermuthung, die daraus hervorgeht (§ 826), und in dem guten Glauben, der sich darauf gründet.

Unter die Verkehrsgeschäfte, die durch den Buchvermerk vollzogen werden, sind die Uebertragung und die Aufhebung der dinglichen Rechte, sowie die Begründung und Belastung eines Rechts am fremden Grundstück (§§ 828, 872, 960, 965, 977, 1015 ff., 1061) zu begreifen; also Auflassung und Dereliktion eines Grundstücks, Bestellung wie Veräußerung und Belastung eines Nießbrauchsrechts u. s. w. Dahin gehören ferner die Rechtsänderungen, die durch richterlichen Zwang herbeigeführt werden: die Zwangs- und Arresthypothek (§§ 1130, 1132, 1133), die Ueberweisung der Hypothek, über die kein Hypothekenbrief gebildet ist (Buchhypothek § 1088), und jeder sonstige Erwerb eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem eingetragenen Recht, der sich im Wege der Zwangs- oder Arrestvollstreckung vollzieht (§ 837), es sei die Pfändung eines Rechts oder der Eintrag auf Grund eines Urtheils, das die Bewilligung oder deren Annahme er-

gänzt (§ 833) u. s. w. Ob der Erwerb von Grundstücken bei der Zwangsversteigerung erst durch den Eintrag oder schon durch den Zuschlag erfolgt, ist noch nicht entschieden.

Da die Hypothek von einer persönlichen Forderung abhängig, und die Grundschuld selbst eine Forderung ist, gelten für sie zum Theil abweichende Sätze. Zwar können beide nur durch Eintrag entstehen; allein sie erlöschen ohne weiteres mit der zu Grunde liegenden Forderung (§§ 1092, 1108, 1136), sofern sie nicht auf den Eigenthümer übergehen. Die Uebertragung und Belastung der Buchhypothek ferner kommt allerdings erst durch den Eintrag zu Stande (§§ 1087, 1208), — dagegen die der Briefhypothek und Grundschuld durch Uebergabe von Hypotheken- oder Grundschuldbrief (§§ 1112, 1136, 1208). Durch Wegnahme des Briefes wird auch der Uebergang von Briefhypothek und Grundschuld auf den Gläubiger, dem sie überwiesen sind, vollzogen.

III. Auf diesen Grundsätzen baut sich die Lehre vom Schutz des guten Glaubens auf. Wer in dingliche Beziehungen zu einer Sache tritt, darf ihren Rechtsstand nach Maßgabe der Besitzverhältnisse beurtheilen, wenn es eine bewegliche, und nach dem Grundbuch, wenn es eine unbewegliche Sache ist. Rechte, die auf diese Weise nicht erkennbar sind, gelten gegen den Erwerber nicht — sofern er nicht auf andere Weise Kenntniß von der wahren Sachlage erlangt hatte.

Gegen Irrthümer, die nicht den dinglichen Rechtsstand betreffen, schützt sonach der gute Glaube nicht. Einmal also nicht gegen einen Irrthum über die Handlungsfähigkeit oder sonstige persönliche Eigenschaften des andern Vertragstheils, über die Zulänglichkeit der Vollmacht u. s. w. Weiter kommt immer nur die Kenntniß entgegenstehender dinglicher Rechte in Betracht, z. B. einer Grundgerechtigkeit, die bei der Theilung des Grundstücks aus Versehen nicht auf das neue Grundbuchblatt mitüberschrieben, oder die irrthümlich gelöscht ist u. s. w. Denn da der Erwerb der Sachenrechte nur ein dingliches Rechtsgeschäft und die Beobachtung der dinglichen Form voraussetzt, da die Lehre vom titulus et modus acquirendi aufgegeben ist, schließt die Kenntniß älterer persönlicher Rechte auf Auflassung, Verpfändung u. s. w. den guten Glauben nicht aus. Wohl aber fehlt derselbe Demjenigen, welcher weiß, daß ein für den zeitigen Rechtsstand erhebliches dingliches Geschäft anfechtbar, daß z. B. die Bewilligung zur Löschung einer Grundgerechtigkeit erzwungen

worden ist. Erwirbt er also in dieser Kenntniß das Grundstück, so erreicht die Anfechtungsklage wegen Zwanges auch ihn (§§ 837, 877, 1147). — Ist aber nur die Kenntniß dinglicher Rechte für den guten Glauben des Erwerbers erheblich, so wird auch die Eintragung eines vorläufigen Widerspruchs, einer **Vormerkung**, zur Sicherung persönlicher Rechte (auf Bestellung einer Grundgerechtigkeit, auf Auflassung u. s. w.) nicht zugelassen. Einer Vormerkung ist vielmehr — bis auf eine Ausnahme im Hypothekenrecht — nur das Recht auf Eintragung eines bestehenden oder auf Löschung eines aufgehobenen Rechts fähig (§ 844). Zum Schutze persönlicher Rechte muß durch einstweilige Verfügung der Eintrag eines Veräußerungsverbotes erwirkt werden. Soweit durch die Vormerkung der Richtigkeit des Grundbuchs widersprochen wird, ist der gute Glaube beseitigt.

Der gute Glaube muß zur Zeit des sich vollziehenden Erwerbes vorhanden sein, d. h. nicht blos bei Abschluß des obligatorischen und des dinglichen Geschäfts, sondern bis zur Uebrrtragung der beweglichen Sache, bis zum Grundbucheintrag, — wenn auch der Erwerber nicht weiß, wann der Eintrag erfolgt, oder dieser durch Schuld des Grundbuchamtes verzögert wird.

Dies sind die gemeinsamen Grundsätze. Aber das Einzelne gestaltet sich bei beweglichen und unbeweglichen Sachen verschieden.

Bei letzteren ruht der gute Glaube auf dem Grundbuch und außerdem im Recht der Hypothek und Grundschuld auf der darüber lautenden Urkunde. Denn Thatsachen, die hieraus hervorgehen, muß derjenige gegen sich gelten lassen, der Hypothek oder Grundschuld oder ein Recht daran erwirbt, — wie anderseits auch die Abtretung seitens des nicht eingetragenen Briefinhabers oder die gegen ihn erwirkte Vollstreckung in die Hypothekenforderung oder Grundschuld gesichert ist, wenn sein Recht durch eine zusammenhängende auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von Abtretungserklärungen oder Ueberweisungsbeschlüssen begründet wird (§§ 1116, 1114, 1136). — Bei der Sicherheit dieser Erkenntnißquellen braucht man vor dem Erwerbe keine weiteren Erkundigungen über die Rechte Dritter am Grundstück einzuziehen. Der gute Glaube wird sonach auch nur durch die wirkliche Kenntniß entgegenstehender Rechte ausgeschlossen (§ 837). Die fahrlässige Unkenntniß wird nicht zugerechnet, wenngleich sich Fälle unverzeihlichen Irrthums denken lassen. Es kann z. B. sein, daß eine nicht eingetragene Grundgerechtigkeit an einer Anlage hätte erkannt werden müssen. — Eine so klare Auskunft wie

das Grundbuch geben dagegen die Besitzverhältnisse nicht; deshalb soll sich der Erwerber einer beweglichen Sache vorher über den Rechtsstand vergewissern. Er entbehrt also des Schutzes des guten Glaubens nicht nur bei Kenntniß, sondern auch bei grob fahrlässiger Unkenntniß der entgegenstehenden Rechte oder der Anfechtbarkeit dinglicher Rechtsgeschäfte (§ 877). Demgemäß ist demjenigen, der sich auf das Grundbuch beruft, gegenbeweislich seine Kenntniß nicht eingetragener Rechte darzuthun, während bei beweglichen Sachen erst der gute Glaube durch Darlegung der den Erwerb begleitenden Umstände, des obligatorischen Titels, durch den Nachweis etwaiger weiterer Erkundigungen u. s. w. dargethan werden muß.

Verschieden ist auch der Umfang des Schutzes. Derselbe wird bei unbeweglichen Sachen zunächst dem Erwerber zutheil, mag der Erwerb durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Vollstreckung erfolgen. Weiter darf derjenige auf das Grundbuch bauen, der Hypothekenzinsen zahlen, eine Grundschuld kündigen, Reallasten ablösen, sich Quittung und Löschungsbewilligung ertheilen lassen, kurz, Handlungen inbezug auf das eingetragene Recht vornehmen will (§ 838). Dagegen wirkt ein Urtheil, das gegen den eingetragenen Nichtberechtigten z. B. über das Bestehen einer Grundgerechtigkeit erstritten wird, nicht gegen und für den Berechtigten. — Während ferner der Regel nach auch das Grundbuch nur den dinglichen Rechtsstand versichert, stehen ausnahmsweise auch uneingetragene Veräußerungsverbote, die nur zum Schutz bestimmter Personen angeordnet sind, gutgläubigen Erwerbern nicht entgegen (§ 837). Hier schützt also der gute Glaube auch gegen einen unbekannten persönlichen Mangel des Veräußerers. — Endlich ergänzt das Grundbuch bei der Hypothek auch die Mängel der zu Grunde liegenden Forderung, — soweit dieselben nicht aus dem Hypothekenbrief erkennbar sind. Der gutgläubige Erwerber einer Hypothek ist also nicht gefährdet, wenn sie für eine nichtige Forderung bestellt oder diese getilgt, gestundet ist u. s. w. (§ 1083). Das gilt jedoch nicht, soweit Forderungen wegen rückständiger Zinsen und von Kosten, die nicht in bestimmter Höhe eingetragen sind, übertragen werden.

Dem Vorstehenden entspricht es, daß zur Erhaltung von Einwänden gegen eine Hypothek oder Grundschuld eine Vormerkung eingetragen werden kann (§ 1085). Ist eine Buchhypothek für ein Darlehn bestellt, so bedarf es sogar zum Eintrag der Vormerkung, daß das Darlehen nicht gegeben ist, nicht, wie sonst, richterlicher An-

ordnung, sondern es genügt innerhalb der ersten 30 Tage nach Eintrag der Hypothek der einfache Antrag des Eigenthümers an das Grundbuchamt. Ist die Vormerkung innerhalb dieser Frist eingetragen, so wirkt sie, wie wenn sie zugleich mit der Hypothek eingetragen wäre; sie entkräftet also auch den zwischenzeitigen Erwerb Dritter (§§ 1085, 1111).

Bei beweglichen Sachen wird nicht jeder redliche Erwerb geschützt, sondern nur der des Eigenthums und Pfandrechts. Hinsichtlich des Nießbrauchs hat man wegen seiner geringen Bedeutung für den Verkehr ganz davon abgesehen. Anders nur wenn ein Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen bestellt wird, weil dadurch Eigenthum übergeht (§ 1018). — Geschützt wird ferner nur der rechtsgeschäftliche, nicht auch der Erwerb durch Zwangsvollstreckung. Der Pfändung seiner Sache kann also der Eigenthümer, der nicht der Schuldner ist, nach wie vor gemäß § 690 C. P. O. widersprechen. — Aber auch der Schutz des rechtsgeschäftlichen Erwerbs ist doppelt eingeschränkt. Zunächst geht er nicht weiter, als der Grundsatz: „Hand wahre Hand" reicht; er tritt also nur dann ein, wenn die veräußerte Sache nicht ohne den Willen des Eigenthümers aus seiner Gewahrsam, bezw. der seines Unterinhabers gekommen ist. Insbesondere darf sie nicht gestohlen oder verloren worden sein. Nur an Geld und Inhaberpapieren geht auch dann auf den Redlichen Eigenthum über. Desgleichen an allen Sachen, die öffentlich von einer zu Versteigerungen befugten Person, Gerichtsvollzieher, Auktionator u. s. w. freiwillig oder im Wege des Zwanges versteigert werden. — Soweit der redliche Besitzer nach diesen Vorschriften nicht Eigenthum oder Pfandrecht erwirbt, weil der frühere Eigenthümer die Inhabung ohne seinen Willen verloren, hat ersterer gegen den Letzteren einen Lösungsanspruch. Der Eigenthümer, der die Sache fordert, muß nämlich dem Besitzer ersetzen, was dieser dem Veräußerer geleistet oder noch zu leisten, oder was er dem Schuldner gegen Empfang des Pfandes gezahlt hat, jedoch nur bis zur Höhe des Werthes, welchen die Sache bei der Herausgabe nach Abzug etwaiger, gleichfalls von dem Eigenthümer zu ersetzender Verwendungen hat (§§ 939 ff.).

Weiter setzt der Schutz des guten Glaubens eine bestimmte Form des Erwerbes voraus. Der Besitzstand des Veräußerers ist die Grundlage des guten Glaubens; daran fehlt es aber, wenn der Erwerber von Eigenthum oder Pfandrecht schon vorher die Sache besitzt, (nicht bloß inne hat). Es handelt sich um den schon besprochenen

Fall des § 874 Abs. 3, — wenn man sich z. B. als Erbe einen Gegenstand, den man zuerst irrthümlich zum Nachlaß gerechnet hat, später von dem vermeintlichen Eigenthümer veräußern oder verpfänden läßt. Freilich erklären die Motive selbst in einem solchen Fall den scheinbaren Mangel der Uebergabe durch ein stillschweigendes constitutum possessorium des bisherigen Besitzers mit nachfolgender brevi manu traditio (S. 335 Z. 4). Sie nehmen ferner an, daß dem bisherigen Besitzer der Schutz des guten Glaubens zu Theil wird, wenn er die Sache zuerst zurückgiebt und sich später wieder übertragen läßt (S. 346b). Trotzdem auf diese Weise der Unterschied zwischen Uebergabe und deren scheinbarem Mangel häufig in nichts zerfließen muß, wird gerade für den Fall des § 874 Abs. 3 der Schutz des guten Glaubens versagt. — Wird ferner das Eigenthum durch constitutum possessorium übertragen, so bleibt der Besitzstand kraft des Vertrauens, das der Erwerber dem Veräußerer schenkt, äußerlich erhalten, der wahre Eigenthümer kann also nicht erkennen, was mit der Sache geschehen ist. Deshalb soll er nicht die Gefahr tragen, wenn seine Sache von einem Dritten mittels constitutum possessorum veräußert wird, sondern der Erwerber. Solcher Rechtserwerb genießt also nicht den Schutz des guten Glaubens, bis später die wirkliche Herausgabe der Sache an den Erwerber, wenngleich ohne Wiederholung des dinglichen Vertrages, erfolgt. Vernichtet sonach erst der Inhabungswechsel, nicht schon der Erwerb der Sache, das Recht des wahren Eigenthümers, so wird auch zu erwägen sein, ob in solchem Fall der gute Glaube nicht bloß bis zum Erwerb, sondern bis zum Inhabungswechsel vorhanden sein muß.

Die Folgen, die der Schutz des guten Glaubens für die entgegenstehenden, dem Erwerber unbekannten Rechte hat, sind bei beweglichen und unbeweglichen Sachen gleichfalls verschieden. Das Eigenthum an der beweglichen Sache und die sonstigen, ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt gebliebenen dinglichen Rechte erlöschen völlig, wenn einem Redlichen Eigenthum übertragen, und sie treten zu Gunsten eines Faustpfandrechts zurück, das ihm bestellt wird (§§ 877 ff. 1152). Bei unbeweglichen Sachen gilt der Inhalt des Grundbuchs zu Gunsten des Erwerbers als richtig (§ 837), und es frägt sich, ob die nicht ersichtlichen Rechte Dritter, z. B. eine Grundgerechtigkeit, die bei der Theilung des Grundstücks nicht auf das neue Grundbuchblatt mitüberschrieben ist, gänzlich untergehen oder nur vor dem Recht des Gutgläubigen zurücktreten. Ist Letzteres der Fall, so können die

zurückgedrängten Rechte mit der dinglichen Klage verfolgt werden, sobald der unredliche Veräußerer oder seine Erben das Grundstück zurückerlangen. Ist Ersteres richtig, so steht auch dann nur die persönliche Klage offen, und es kann eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts nicht eingetragen werden (§ 844). Im ersteren Fall erlöschen die entgegenstehenden Rechte unbedingt, in anderen unter einer aufschiebenden Bedingung.

Wer durch den Schutz des guten Glaubens den Verlust eines Rechts erleidet, kann von Demjenigen, welcher unberechtigt verfügt hat, oder an welchen eine ihm nicht gebührende Leistung erfolgt ist, die Herausgabe der Bereicherung fordern (§§ 839, 880).

IV. Es erübrigt noch, der allgemeinen Grundsätze des Buchsystems zu gedenken. Indem der Entwurf das Grundbuch im Gegensatz zum Pfandbuch aufnimmt, wird der Schutz, den letzteres nur dem Pfandrecht gewährt, allen dinglichen Rechten zu Theil, und zugleich eine Verbindung des Buches mit dem Kataster, d. h. die buchmäßige Feststellung des Gegenstandes der dinglichen Rechte, zur Aufgabe. Die Durchführung des Systems bedingt für alle Grundstücke den Buchungszwang; doch wird davon voraussichtlich nach dem preußischen Vorbilde das Eigenthum des Fiskus, der Gemeinden u. s. w. befreit werden. Andererseits erweitert sich der Kreis der buchungsfähigen und somit buchpflichtigen Gegenstände durch die Berechtigungen, welche, wie das Erbbaurecht (§ 962), ein Grundbuchblatt erhalten können (§ 781). Mit der Möglichkeit, daß, wie es zu geschehen pflegt, unbeabsichtigt, aus Irrthum manche Grundstücke ungebucht bleiben, wird nicht gerechnet (Motive S. 312). Für solche Grundstücke werden also auch nicht besondere Erwerbsarten, wie Ersitzung, zugelassen. Zum Ersatz werden Vorschriften geplant, die bei Anlegung neuer Grundbuchblätter den Eigenthumsbeweis erleichtern.

Der Rang der dinglichen Rechte bestimmt sich innerhalb derselben Abtheilung des Grundbuchs nach der Reihenfolge, sonst nach der Zeitfolge des Eintrags; Rechte, die in verschiedenen Abtheilungen am selben Tage eingetragen sind, haben im Verhältniß zu einander gleichen Rang. Durch Vormerkungen und durch besondere Bestimmung, die indeß des Eintrags bedarf, kann das gesetzliche Rangverhältniß geändert werden. Auch ist der Eintrag eines Rechtes mit dem Vorbehalt zulässig, daß ein später zu begründendes Recht vorgeht. Eine nachträgliche Aenderung des Rangverhältnisses bedarf außer dem Eintrag der Einwilligung der Passivbetheiligten (§§ 840 ff.).

Die äußere Erscheinung des Grundbuchs wird die Grundbuchordnung bestimmen. In jedem Fall muß der Eintrag bestimmt, er braucht jedoch nicht vollständig zu sein. Um dem ersteren Gesichtspunkt zu genügen, soll, wenn ein Recht für mehrere Personen gemeinsam und ungetheilt eingetragen ist, Gemeinschaft nach Bruchtheilen und Gleichheit derselben als eingetragen gelten (§ 827). Andererseits ist, um die Ueberfüllung des Grundbuchs zu verhüten, die Bezugnahme auf die Eintragsbewilligung zulässig (§§ 962, 969, 982, 1048, 1054). Insbesondere brauchen bei Hypothek und Grundschuld nur Gläubiger, Betrag und, im Fall der Verzinslichkeit, diese und die Höhe des Zinssatzes in das Buch zu kommen (§§ 1064, 1108, 1125, 1136). Folgeweise führt der Grundsatz der Oeffentlichkeit dazu, den Betheiligten nicht nur das Grundbuch, sondern auch die Grundakten offenzulegen (§ 837 Anm. 1).

Die Grundbuchordnung wird auch das Verfahren in Grundbuchsachen regeln. Doch steht bereits fest, daß die Eintragung im Wege der Zwangs- und Arrestvollstreckung oder einer einstweiligen Verfügung auf Parteibetrieb, auf unmittelbaren Antrag des Berechtigten beim Grundbuchamt erfolgt. Ebenso die Löschung, wenn die Vollstreckungsmaßregeln oder Arrest und einstweilige Verfügung aufgehoben werden (§§ 846, 833). — Der Eintrag der Vormerkung wird durch einstweilige Verfügung angeordnet, ohne daß die Gefährdung des dem Widerspruch zugrunde liegenden Rechts glaubhaft zu machen ist (§ 845).

Nach diesem einleitenden Ueberblick über die Grundgedanken des Sachenrechts ist zu der Ordnung des Entwurfs zurückzukehren und der Inhalt nach der Reihenfolge seiner Abschnitte unter Hervorhebung des Bemerkenswerthen, welches noch nicht berührt ist zusammenzufassen. — Das dem Sachenrechte gewidmete dritte Buch des Entwurfs eröffnet an der Spitze des ersten Abschnitts: „allgemeine Vorschriften" der Satz: (§ 778) „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände." Damit ist die „unkörperliche Sache" der römischen Juristen aus der Rechtssprache entfernt, aber in dieser Beschränkung erschöpft nun das Wort „Sache" nicht den Begriff des Rechtsgegenstandes. Der Entwurf will zwar, wie die Motive sagen (III S. 33) dingliche Rechte nur an körperlichen Sachen zulassen; aber er muß doch als Nebenbegriffe einen „Nießbrauch an Rechten" (§ 980) und ein „Pfandrecht an Rechten" (§ 1206) einführen. Dies bedingt dann den weiteren Begriff „Gegenstand," den nach den

Motiven (a. a. O.) der Entwurf da gewählt hat, „wo eine Norm sowohl auf Sachen als auf Rechte sich beziehen soll.“ In entsprechender Abgrenzung sollen unbewegliche Sachen nur die Grundstücke sein (§ 781 Abs. 1); aber der Nebenbegriff wird im zweiten Absatze alsbald wieder eingeführt mit der „entsprechenden Anwendung“ der auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften auf solche „Berechtigungen“, „welche ein Blatt im Grundbuche erhalten können,“ also wie die Motive ausdrücklich hervorheben ohne Rücksicht darauf, ob sie es schon erhalten haben. Welches diese Berechtigungen sind, bleibt der Grundbuchordnung beziehungsweise der Landesgesetzgebung vorbehalten.

Unter den beweglichen Sachen werden als „vertretbare“ (§ 779) diejenigen bezeichnet, „welche im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen“; als „verbrauchbare“ (§ 780) diejenigen, „welche durch Verbrauch oder Veräußerung genutzt zu werden pflegen;“ und zwar gelten als verbrauchbare Sachen nach Abs. 2 auch „diejenigen beweglichen Sachen, welche zu einem Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßige Nutzung in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht.“ Die Motive führen als Beispiel dazu nur das Waarenlager an. Unter Sachinbegriff versteht der Entwurf kein „ideelles Objekt“ von Rechten; und „wenn Jemand als Eigenthümer eines Inbegriffs von Sachen bezeichnet wird, so kann dies juristisch nichts anderes heißen, als daß er Eigenthümer aller der einzelnen Sachen ist, welche den Inbegriff bilden“ (Motive III S. 28). Neben der Unterscheidung beweglicher und unbeweglicher Sachen berühren die Motive (a. a. O. S. 31) die des beweglichen und unbeweglichen Vermögens. Der Entwurf hat diese Bezeichnungen nur gelegentlich im ehelichen Güterrecht und im Erbrecht verwendet, jedesmal mit genauer Bestimmung ihrer Tragweite. In der Anwendung, welche die C. P. O. von der Unterscheidung für die Zwangsvollstreckung macht, wird dem zu erlassenden Reichsgesetze über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke vorbehalten, welche Vermögensgegenstände diesen gleichzustellen sind.

Die §§ 782—791 beschäftigen sich mit der Feststellung des begrifflichen Gegensatzes von wesentlichen Bestandtheilen und Zubehör einer Sache; eingeschaltet ist in § 787 die Bestimmung, daß für die Einheitlichkeit eines Grundstücks die besondere Nummer im Flurbuche oder die Buchung mehrerer Flurbuchnummern als einheitliches Grundstück im Grundbuche entscheidend ist. Als wesentlich

gelten (§ 782) solche Bestandtheile, welche von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Demnach gelten (§ 783) als wesentliche Bestandtheile eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere die Gebäude und (§ 784) die Bodenerzeugnisse, solange sie mit dem Boden zusammenhängen, Pflanzen sobald sie Wurzel gefaßt haben, der Samen sogar schon von der Aussaat an; als wesentliche Bestandtheile eines Gebäudes die demselben zur Herstellung und nicht nur zu einem vorübergehenden Zwecke eingefügten Sachen. Zubehör (§ 789) dagegen sind solche bewegliche Sachen, welche nicht unter diesen Begriff des Bestandtheils einer andern Sache fallen, aber einer Hauptsache bleibend zu dienen bestimmt und zu derselben „in ein entsprechendes äußeres Verhältniß gebracht" sind, „es sei denn, daß nach der Verkehrssitte eine solche Sache nicht als Zubehör angesehen wird." Unter diesen Voraussetzungen gehören nach § 791 Abs. 1 zu dem Zubehör eines zu einem gewerblichen Zwecke auf die Dauer eingerichteten Gebäudes auch die dem gewerblichen Zwecke dienenden Maschinen und sonstigen Geräthschaften, nach Absatz 2 zu dem Zubehör eines Landgutes „das zum Wirthschaftsbetriebe bestimmte Geräth und Vieh sowie die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, in welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden." — Die rechtliche Bedeutung des Unterschiedes von wesentlichen Bestandtheilen und Zubehör liegt darin, daß an jenen (§ 782) ein von dem Rechte an der Sache im Ganzen abgesondertes Recht und ebenso (§ 798 Abs. 2) ein von dem Besitz der ganzen Sache abgesonderter Besitz nicht stattfindet, während das Zubehör (§ 790) nur im Zweifel von dem die Hauptsache betreffenden Rechtsgeschäfte unter Lebenden mit befaßt wird. — Rechte, welche mit dem Eigenthume an einem Grundstücke verbunden sind, fallen weder unter den aufgestellten Begriff des Bestandtheils noch unter den des Zubehörs; nach § 788 aber sollen sie als Bestandtheile des Grundstücks gelten.

Die §§ 792—794 behandeln die Begriffe der Früchte und Nutzungen und deren rechtliche Anwendung. Früchte einer Sache sind (§ 792 Nr. 1) „die Erzeugnisse der letzteren und diejenige sonstige Ausbeute aus derselben, deren Gewinnung zur bestimmungsmäßigen Nutzung der Sache gehört." In gleichem Sinne nennt Nr. 2, gemäß der oben berührten Gleichstellung von Sachen und Rechten als

„Gegenständen" „Früchte eines Rechtes" die „Erträge, welche das Recht bei bestimmungsmäßiger Nutzung gewährt;" und neben beides stellt Nr. 3 als „Früchte einer Sache oder eines Rechtes" die „Erträge, welche die Sache oder das Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt." Als weiteren Begriff stellt § 793 den der „Nutzungen einer Sache oder eines Rechtes" auf, indem er neben den Früchten auch die Vortheile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt, umfassen soll; Gebrauch ist also hier in eingeschränktem, auch die eigene Fruchtgewinnung ausschließenden Sinne verstanden. In § 794 wird des Näheren bestimmt, in welchem Umfange die Früchte verschiedener Art demjenigen gebühren, welcher zum Fruchtbezug von einer Sache oder einem Rechte bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an berechtigt ist: Früchte der in Nr. 1 (und Nr. 2) des § 792 bezeichneten Art fallen ihm zu, wenn sie während der Zeit seiner Berechtigung von der Hauptsache getrennt werden; bei den in Nr. 3 des § 792 bezeichneten Früchten wird unterschieden, ob sie in einem Entgelt für die Nutzung der Sache oder des Rechts und in Gewinnantheilen bestehen oder in sonstigen Gefällen; von jenen gebührt dem Berechtigten ein der Zeitdauer seines Rechts entsprechender Bruchtheil, von diesen was während dieser Zeitdauer fällig wird. (Nur dem äußeren Zusammenhange folgend fügt § 795 an, daß Lasten und Abgaben einer Sache oder eines Rechts von dem Verpflichteten zu tragen sind, so weit sie während der Zeit seiner Verpflichtung fällig werden.) — Da die Bestimmungen des § 794 inhaltlich wenn auch nicht formell in den Eigenthumserwerb an Früchten hineingreifen, so mögen die darüber in den §§ 898—902 enthaltenen Anordnungen gleich hier angereiht werden. § 898 hält an dem römischen Grundsatze fest, daß „Bestandtheile einer Sache, insbesondere deren Erzeugnisse, auch nach der Trennung dem Eigenthümer der Sache gehören;" dagegen schließt sich § 899 bezüglich des dinglich zum Fruchtbezuge berechtigten neueren Gesetzgebungen an, indem er ihn das Eigenthum der gezogenen Erzeugnisse oder sonstigen Bodenbestandtheile mit deren Trennung von der Hauptsache erwerben läßt. § 901 kehrt im ersten Absatze zum reinen römischen Rechte zurück: „gestattet der Eigenthümer einer Sache einem Anderen Erzeugnisse oder andere Bestandtheile derselben, welche nach ihrer Trennung dem Eigenthümer gehören, sich anzueignen, so erwirbt der Andere das Eigenthum an diesen Gegenständen mit der Besitzergreifung." Der zweite Absatz öffnet aber den deutschen An-

schauungen über den Fruchterwerb des Pächters (welchem der Entwurf an sich jede dingliche Berechtigung abspricht) die Hinterthür: „ist von dem Eigenthümer dem Andern zum Zwecke einer solchen Zueignung die Inhabung der Sache überlassen, so erwirbt der Andere während der Dauer der Inhabung das Eigenthum an jenen Gegenständen mit der Trennung von der Hauptsache. Ein während der Dauer der Inhabung des Anderen von dem Eigenthümer erklärter Widerruf der Gestattung ist unwirksam für die Zeit, für welche der Eigenthümer zur Gestattung verpflichtet ist." Nach § 900 erwirbt endlich auch der redliche Besitzer einer fremden Sache deren Früchte mit der Trennung, und § 902 dehnt den § 901 in entsprechender Anwendung auf die „Gestattung" des Fruchtbezugs von Seiten eines zum Fruchterwerb durch Trennung Berechtigten aus.

Die allgemeinen Vorschriften des ersten Abschnitts beschließt in § 796 die Bestimmung: „Die Befugniß desjenigen, welchem das Eigenthum oder ein anderes Recht an einer Sache zusteht, über sein Recht zu verfügen, kann nicht durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen werden, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt." Wie die Motive erläutern, soll damit entgegen dem preußischen Landrecht die dingliche Wirkung eines durch Rechtsgeschäft begründeten Veräußerungs- oder Belastungsverbots im Allgemeinen ausgeschlossen werden und es wird dies aus einem Grundsatze des Entwurfs abgeleitet, daß dingliche Rechte nur nach Maßgabe besonderer gesetzlicher Vorschriften begründet werden können.

Der zweite Abschnitt „Besitz und Inhabung" läßt schon in der Ueberschrift erkennen, daß er zwei verschiedene Stoffe zusammenfaßt. Die §§ 797—813 handeln von dem Besitze als einer Voraussetzung von Rechtsvorschriften über das Eigenthum. Der Begriff in diesem Sinne enthält die beiden Bestandtheile der „thatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung)" und des Willens des Inhabers „die Sache als die seinige zu haben," so daß der Besitz erworben wird (§ 797), wenn beide Bestandtheile zusammentreffen, und in der Regel mit dem Wegfall auch nur eines Bestandtheils (§§ 808—810) der Besitz beendigt wird. Besitz einer Sache (§ 798) ist nur soweit möglich, als Eigenthum an der Sache möglich ist. Ueberhaupt ist, wie das Eigenthum im Entwurf ausschließlich als Sacheigenthum, so der Besitz ausschließlich als Sachbesitz gedacht; der sog. Rechtsbesitz wird durch die eigenthümliche Gestaltung des Besitzschutzes durchweg entbehrlich und hat nur bei den Grunddienstbarkeiten (§ 979) eine

Spur hinterlassen. Im Uebrigen sind die Bestimmungen des Entwurfs über den Besitz schon in anderem Zusammenhange berührt.

Die §§ 814—824 behandeln die auch im Entwurf so genannten Besitzklagen (§§ 822—23), obwohl seine Eigenthümlichkeit gerade darin besteht, daß er diesen Rechtsschutz nicht an den Besitz in dem Sinne des § 797, sondern allein an den thatsächlichen Bestandtheil desselben, die Inhabung knüpft. Dadurch wird, wie schon bemerkt, der Begriff des Rechtsbesitzes außer bei den Grunddienstbarkeiten entbehrlich, indem jeder der in Ausübung eines dinglichen Rechtes an einer Sache Inhaber derselben ist, in dieser Inhabung geschützt wird. Die Behandlung des Entwurfes ermöglicht es weiterhin, auch dem Miether und Pachter, obwohl ihrem Rechte der dingliche Charakter abgesprochen wird, im Schutz der Inhabung Ersatz des Besitzschutzes zu geben. Der Entwurf geht aber darüber noch weit hinaus, indem er auch den Beauftragten gegen den Auftraggeber, den Gehülfen gegen den Geschäftsherrn, den Verwahrer gegen den Hinterleger in der Inhabung der anvertrauten Sache schützt, überhaupt jedem der eine Sache für einen andern und lediglich in dessen Namen inne hat, auch gegen den Eigenthümer den Schutz der Inhabung gewährt. — Dieser Schutz nun geht davon aus, daß es im § 814 im Allgemeinen als „verbotene Eigenmacht“ untersagt wird „ohne den Willen des Inhabers einer Sache demselben die Inhabung zu entziehen oder ihn darin zu stören.“ Obwohl die Motive (III S. 81) nach längerer Erörterung zu dem Ergebnisse kommen, daß von dem Erfordernisse eines Inhabungswillens „besser gänzlich abzusehen,“ besonders auch, um nicht die Inhabung des Kindes oder des Wahnsinnigen schutzlos zu lassen, scheint doch in dem § 814 ein solcher Inhabungswille vorausgesetzt zu werden. Es soll dies aber offenbar dadurch ausgeschlossen sein, daß nicht die Entziehung der Sache gegen, sondern schon ohne den Willen des Inhabers als verbotene Eigenmacht bestimmt wird: der „Wille“ des § 814 soll die Einwilligung des Inhabers sein, die an sich rein thatsächliche Inhabung an einen anderen übergehen zu lassen. — Der Inhaber einer Sache ist berechtigt (§ 815 Abs. 1) verbotener Eigenmacht sich mit Gewalt zu widersetzen und die durch verbotene Eigenmacht weggenommene bewegliche Sache ist (Abs. 2) der bisherige Inhaber berechtigt, dem auf der That Betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Thäter mit Gewalt wieder abzunehmen. Diese erlaubte Gewalt bei der Abwehr und bei der Wiederabnahme der beweglichen Sache schließt auch Gewalt gegen die Person

ein, wie sich aus dem Gegensatze des Abs. 3 ergiebt, welcher diese Gewalt dem durch verbotene Eigenmacht entsetzten Inhaber eines Grundstücks nur dann gestattet, wenn die Wiederverschaffung der Inhabung sofort nach der Entziehung erfolgt oder die allgemeinen Voraussetzungen erlaubter Selbsthülfe nach § 189 vorliegen (also bei Gefahr im Verzuge, wenn obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist), während demselben andere Gewalt auch noch sofort nach erlangter Kenntniß der Entziehung freigegeben ist. In Abs. 4 des § 814 endlich wird noch ausdrücklich hinzugefügt, daß die bezeichneten Rechte des Selbstschutzes gegen verbotene Eigenmacht dem Inhaber auch gegenüber demjenigen zustehen, für welchen er die Sache inne hat.

Hat durch den Selbstschutz des Inhabers nicht verhindert werden können, daß durch verbotene Eigenmacht von einem Anderen die Inhabung erlangt ist, so ist diese Inhabung fehlerhaft (§ 818) und gegen denjenigen, welcher ihm gegenüber hiernach fehlerhaft inne hat, steht dem früheren Inhaber der „Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung" zu (§ 819 Abs. 1). Daraus, daß dem Selbstschutz der Inhabung gegen verbotene Eigenmacht in § 815 Schranken gezogen sind, könnte gefolgert werden, daß die Ueberschreitung dieser Schranken nun selbst als verbotene Eigenmacht, mithin die auf diese Weise wieder erlangte Inhabung als fehlerhaft im Sinne der §§ 818 und 819 Abs. 1 zu behandeln wäre. Dieser Folgerung aber tritt die ausdrückliche Bestimmung des § 819 Abs. 2 entgegen: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Inhaber gegenüber dem gegenwärtigen Inhaber fehlerhaft inne hatte." Hiernach ist nicht ersichtlich, welchen Nachtheil die Ueberschreitung der Schranken des § 815 für den ersten Inhaber haben sollte. Auf der andern Seite kann derjenige, welcher nach § 818 fehlerhaft inne hat, den Anspruch des früheren Inhabers aus § 819 Abs. 1 nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 823 Abs. 1 („durch die Erhebung der Besitzklage wird die Erhebung der Klage aus dem Rechte, durch die Erhebung der Klage aus dem Rechte die Erhebung der Besitzklage nicht gehindert") durch Anstellung der Klage aus seinem behaupteten Rechte zur Inhabung kreuzen, und gelingt es ihm, sein Recht vor der Entscheidung über die Besitzklage zur gerichtlichen Feststellung zu bringen, so ist nach der weiteren ausdrücklichen Bestimmung des § 823 Abs. 2 „die Besitzklage in der Hauptsache, vorbehaltlich der über den Kostenpunkt zu treffenden Entscheidung, als erledigt anzusehen."

Neben dem Rechte des Selbstschutzes hat der durch verbotene

Eigenmacht in der Innehabung Gestörte, wenn er nicht selbst dem Störer gegenüber nach § 818 fehlerhaft inne hat, gegen diesen (§ 820) den Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung und auf Unterlassung weiterer zu besorgender Störungen. Beide „Besitzklagen" stehen nach § 821 Abs. 1 auch dem Besitzer im Sinne des § 797 zu, für welchen ein anderer die Innhabung hat, und nach § 821 Abs. 2 auch demjenigen, welcher „für den Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache übt," aber diese, die Innhabung, einem Dritten übertragen hat. — In dem Besitzprozesse selbst (also unbeschadet der nach § 823 gleichzeitig zu erhebenden Klage aus dem Recht) kann ein Recht auf die Innhabung oder zur Vornahme der als störend gerügten Handlung (§ 822) nur insoweit geltend gemacht werden, als es erforderlich ist zur Begründung des Einwandes, daß verbotene Eigenmacht nicht verübt worden sei; und nur in der gleichen Beschränkung sind (§ 824) Handlungen als verbotene Eigenmacht geltend zu machen, seit deren Vornahme mehr als ein Jahr verstrichen ist. — Den Abschnitt beschließt die einzelnstehende Bestimmung des § 825: „Hat Jemand den Besitz einer Sache verloren oder wird diese während seines Besitzes beschädigt, so wird vermuthet, daß sein Vermögen im ersten Falle um den Werth der Sache, im zweiten Falle um die Verringerung des Werthes derselben vermindert worden sei."

Der Inhalt des die Grundsätze des Grundbuchrechts zusammenstellenden dritten Abschnitts „allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken" ist bereits in der einleitenden Uebersicht erschöpfend behandelt worden. — Der vierte Abschnitt „Eigenthum" zerfällt in fünf Titel, deren erster „Inhalt und Begrenzung des Eigenthums" außer der Begriffsbestimmung des § 828: der Eigenthümer einer Sache hat (innerhalb der Schranken des Gesetzes und der Rechte Dritter) „das Recht, mit Ausschließung Anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen" und dem in § 849 wiederholten römischen Dogma „das Recht des Eigenthümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter derselben" — in den §§ 850—866 die Grundsätze des Nachbarrechts enthält. Nach § 850 hat „der Eigenthümer eines Grundstücks die nicht durch unmittelbare Zuleitung erfolgende Zuführung oder Mittheilung von Gasen, Dämpfen, Rauch, Ruß, Gerüchen, Wärme, Erschütterungen u. dgl. insoweit zu dulden, als solche Einwirkungen entweder die regelmäßige Benutzung des Grundstücks nicht in erheblichem Maße beeinträchtigen oder die

Grenzen der Ortsüblichkeit nicht überschreiten." §§ 851—853 behandeln die Grenzfeststellung, § 854 das Verhältniß gemeinschaftlicher Mauern, Raine, Gräben u. s. w. §§ 855, 861, 862 auf der Grenze stehende oder in den Nachbarraum übergreifende Bäume und deren Früchte. § 856 bestimmt, daß der Eigenthümer eines Grundstücks den in Folge der natürlichen Bodenverhältnisse stattfindenden Wasserabfluß von einem anderen Grundstücke zu dulden hat, läßt aber die abweichenden Vorschriften der Landesgesetze bestehen. In den §§ 857—860 ist die gutgläubige und nicht fahrlässige Grenzüberschreitung bei Errichtung von Gebäuden so geordnet, daß der Nachbar, welcher nicht vor oder sofort nach derselben widersprochen hat, das errichtete Gebäude stehen lassen muß, aber durch eine dinglich an den Grundstücken haftende jährlich im Voraus zu entrichtende Rente zu entschädigen ist, an deren Stelle er jederzeit Ersatz des Werthes, welchen der überbaute Theil seines Grundstückes zur Zeit der Grenzüberschreitung hatte, gegen Uebertragung des Eigenthums verlangen kann. Diese Bestimmungen finden nach § 863 entsprechende Anwendung auf die Entschädigung für einen einzuräumenden Nothweg, als dessen Voraussetzung ein weder vorsätzlich noch fahrlässig vom Eigenthümer oder dessen Rechtsvorgänger veranlaßter „Nothstand" des Fehlens der zur bisherigen ordnungsmäßigen Benutzung eines Grundstücks nothwendigen Verbindung mit einem öffentlichen Wege aufgestellt ist. Nach § 864 dürfen „Anlagen, deren Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf ein Nachbargrundstück zur Folge hat" nicht hergestellt oder gehalten werden; desgleichen ist nach § 865 unzulässig „ein solches Vertiefen des Erdbodens in der Nähe eines Nachbargrundstückes, von welchem vorauszusehen ist, daß dem Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Nutzung entzogen wird," jedoch ist vorbehalten, daß für eine genügende anderweitige Befestigung gesorgt werde. Nach § 866 bleiben die Landesgesetze unberührt, welche das Eigenthum an Grundstücken noch anderen oder weitergehenden Beschränkungen unterwerfen. — Angereiht an diese Vorschriften des Nachbarrechts ordnet § 867 das Verhältniß der actio ad exhibendum gegenüber dem Eigenthümer eines Grundstücks, auf dessen Gebiete eine fremde bewegliche Sache sich befindet, dahin, daß jener dem Eigenthümer oder bisherigen Inhaber der letzteren die zur Aufsuchung, Erlangung und Fortschaffung der Sachen erforderlichen Handlungen zu gestatten, dieser aber vollen Ersatz des daraus entstandenen und Sicherheit für den Ersatz des zu besorgenden Schadens zu leisten hat.

Der zweite und dritte Titel des vierten Abschnitts behandeln getrennt den Erwerb des Eigenthums an Grundstücken und an beweglichen Sachen. Der Erwerb durch Rechtsgeschäft in beiden Beziehungen ist schon besprochen. Außerdem kennt der Entwurf für Grundstücke nur den Erwerb durch Zueignung und Aufgebot. Die Zueignung (Okkupation) setzt die Aufgabe des Eigenthums von Seiten des bisherigen Eigenthümers voraus (Dereliktion) und die Motive (III S. 325) erläutern diese Voraussetzung damit, daß „Fälle vorkommen können, in welchen durch Krieg oder elementare Ereignisse ein Grundstück dergestalt verwüstet und entwerthet ist, daß Niemand sich findet, der geneigt wäre, es zu erwerben," in welchen Fällen „es eine ungerechtfertigte Härte wäre, wenn das Gesetz den Eigenthümer nöthigte, nach wie vor die Funktionen eines solchen zu versehen." Es kann also (§ 872 Abs. 1) der eingetragene Eigenthümer vor dem Grundbuchamte erklären, daß er das Eigenthum an dem Grundstücke aufgebe, und dieses erlischt mit der Eintragung der Erklärung in das Grundbuch und kann demnächst (Abs. 2) „von demjenigen, welcher nach den Landesgesetzen zur Zueignung des Grundstücks befugt ist," dadurch erworben werden, daß derselbe auf seinen Antrag als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen wird. Der Entwurf hat sich (Mot. III S. 326) eigener Bestimmungen über das Recht zur Zueignung enthalten, weil damit in das öffentliche Recht verschiedener Staaten eingegriffen würde, deren Gesetzgebung aufgegebenes Grundeigenthum den Gemeinden oder dem Staate selbst zuweist. — In der Zwischenzeit zwischen Aufgabe und Zueignung kann derjenige, welcher ein Recht an dem Grundstücke gerichtlich geltend machen will, die gerichtliche Bestellung eines Vertreters auf seine Kosten, vorbehaltlich des Ersatzanspruchs verlangen. Aus dem Grundstücke sind, wie die Motive (S. 327) bemerken, die Kosten nur zu erstatten, wenn sie zu solchen Beitreibungsarten gehören, für welche dasselbe haftet.

Der Eigenthumserwerb durch Aufgebot (§ 873) ist bestimmt, den durch Nichteintragung des Erben oder anderer Rechtsnachfolger eines verstorbenen Bucheigenthümers und dem thatsächlichen Eigenthumsverhältnisse entstandenen Zwiespalt zu heben. Es kann jedoch (Abs. 1) nur derjenige den Erlaß des Aufgebots beantragen, welcher ein Grundstück dreißig Jahre nach dem Tode des letzten eingetragenen Eigenthümers besessen hat. Das Aufgebot führt, wenn sich auf dasselbe kein Eigenthumsberechtigter meldet, zum Erlaß eines Ausschlußurtheils (Abs. 5), kraft dessen der Antragsteller als Eigenthümer eingetragen

wird, welches jedoch (Abs. 6) nicht gegen einen Dritten wirkt, welcher vor Erlassung desselben als Eigenthümer eingetragen oder vorgemerkt ist. Der dreißigjährige Besitz des Antragstellers wird nach den entsprechenden Bestimmungen über die Ersitzung beweglicher Sachen (§§ 882—887) berechnet. Abgesehen davon kann die Ersitzung im System des Entwurfs nur eine Erwerbsart für bewegliche Sachen sein, und auch hier zufolge der Bestimmungen über den rechtsgeschäftlichen Eigenthumserwerb in gutem Glauben (§§ 877—78) nur in der beschränkten Anwendung auf gestohlene und verlorene Sachen. Darum ist die Ersitzungsfrist (§ 881 Abs. 1) auf zehn Jahre bestimmt; die Ersitzung ist ausgeschlossen (Abs. 2) nicht nur wenn dem Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes bekannt, sondern auch wenn es ihm nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war, daß er das Eigenthum nicht erwerbe; und wenn der Besitzer oder dessen Erbe vor Ablauf der Ersitzungsfrist Kenntniß davon erlangt, daß ihm das Eigenthum an der Sache nicht zusteht, so wird (§ 886) die Ersitzung unterbrochen und ist der Beginn einer neuen Ersitzung von Seiten desjenigen, welcher die Kenntniß erlangt hat, ausgeschlossen. Eine Ersitzung von Erbschaftssachen, an welchen ein vermeintlicher Erbe Besitz ergriffen hat, findet gegen den wirklichen Erben nicht statt (§ 888). Eigenthumserwerb durch Verbindung tritt ein, wenn (§ 890) eine bewegliche Sache wesentlicher Bestandtheil eines Grundstücks oder (§ 891 Abs. 2) einer anderen als Hauptsache anzusehenden beweglichen Sache wird. Werden sonst bewegliche Sachen durch Verbindung wesentliche Bestandtheile der dadurch entstandenen neuen Sache, so werden die bisherigen Eigenthümer der verbundenen Sachen im Verhältnisse des Werthes derselben Miteigenthümer (§ 891 Abs. 1). Nach den gleichen Grundsätzen wird die untrennbare Vermischung oder Vermengung beweglicher Sachen mit einander behandelt (§ 892 Abs. 1), und zwar ist Untrennbarkeit auch dann anzunehmen, wenn die Ausscheidung der vermengten oder vermischten Sachen mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden sein würde. — Durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe wird von demjenigen, welcher dadurch eine neue bewegliche Sache herstellt, das Eigenthum an der letzteren erworben (§ 893), und zwar gilt dies (§ 894) auch dann, wenn durch eine nur auf die Oberfläche einer Sache sich beschränkende Bearbeitung ein Werth geschaffen wird, „hinter welchen der Werth des Stoffes zurücktritt." Derjenige, welcher durch den Eigenthumserwerb eines andern in Folge von Ver-

bindung, Vermischung oder Verarbeitung einen Verlust erleidet, kann von dem dadurch Bereicherten Herausgabe der Bereicherung fordern (§ 897). — Bei allen Erwerbsarten durch Eigenthumsübergang wiederholt sich (§§ 878, 889, 897) die Bestimmung, daß mit dem Eintritt des letzteren zugleich alle sonstigen an der Sache bisher begründeten Rechte erlöschen. Bei dem Erwerb durch Rechtsgeschäft und Ersitzung wird die Bedingung hinzugefügt, „wenn sie dem Erwerber nicht bekannt gewesen sind und die Unkenntniß nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat."

Durch Zueignung (Okkupation) wird das Eigenthum einer herrenlosen beweglichen Sache durch Besitznahme (§ 903) erworben, soweit nicht ein gesetzliches Verbot oder das Zueignungsrecht eines anderen entgegensteht, und zwar wird (§ 904) eine bewegliche Sache herrenlos „deren Eigenthümer die Inhabung, ohne dieselbe einem anderen einzuräumen, mit der Erklärung aufgiebt, das Eigenthum der Sache aufzugeben." § 905 wiederholt die römischen Sätze über die Herrenlosigkeit wilder Thiere; die §§ 906—909 behandeln die Erhaltung bezw. den Erwerb des Eigenthums an ausgezogenen Bienenschwärmen. — Ein letzter Unterabschnitt (§§ 910—928) des dritten Titels beschäftigt sich in großentheils polizeilichen Bestimmungen mit gefundenen Sachen; hervorzuheben ist nur, daß nach § 922 gegen den Finder, auch wenn er das Eigenthum der gefundenen Sache erworben hat, noch drei Jahre lang ein Anspruch des bisherigen Eigenthümers auf Herausgabe der Bereicherung besteht. Die Schlußbestimmung (§ 928) ordnet das Rechtsverhältniß am „Schatze": wird „eine eingemauerte, vergrabene oder sonst verborgene Sache entdeckt, welche so lange verborgen war, daß der Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln ist," so geht mit der Besitzergreifung das Eigenthum zur Hälfte auf den Finder, zur Hälfte auf den Eigenthümer der Sache über, in welcher der Schatz verborgen war.

Der vierte Titel des vierten Abschnitts behandelt den Eigenthumsanspruch, welchen nach § 929 der Eigenthümer gegen den Besitzer und gegen den Inhaber der Sache hat. Die §§ 930—935 ordnen die Haftung beider für gezogene Nutzungen und Ersatz des Schadens aus dem Untergang und der Verschlechterung der Sache. Der Entwurf geht dabei von dem Satze (§ 930 Abs. 1) aus, daß eine solche Haftung nur kraft der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen besteht. Abgesehen von dem Anspruch des Eigenthümers auf Bestandtheile, insbesondere Erzeugnisse der Sache, an welchen

er nach den einschlagenden Bestimmungen mit der Trennung Eigenthum erworben hat (§ 930 Abs. 2) sowie von den auch hier eintretenden Wirkungen des Verzugs (§ 934) und der Haftung aus unerlaubten Handlungen (§ 935), bestimmt § 931 die Haftung des unredlichen Besitzers, § 932 die des Inhabers für einen Besitzer, dessen Nichtberechtigung er kennt, § 933 die des Besitzers und Inhabers, welche den Mangel des Rechts des ersteren nicht kennen. Bei den letzteren erhalten die §§ 931, 932 Anwendung von dem Zeitpunkte der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs; der unredliche Besitzer hat die von dem Zeitpunkte, in welchem er Kenntniß seiner Nichtberechtigung erlangt hat (vom Zeitpunkte des Besitzerwerbs, wenn dieser auch nur auf einer fahrlässig strafbaren Handlung beruht), gezogenen Nutzungen herauszugeben und den nach diesem Zeitpunkte durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden zu ersetzen, desgleichen der Inhaber, wenn er und der Besitzer von dessen Nichtberechtigung Kenntniß haben, oder der Inhaber weiß, daß der Besitz durch eine auch nur fahrlässig strafbare Handlung erworben ist; kennt aber nur der Inhaber, nicht der Besitzer die Nichtberechtigung des letztern, so ist jener nur zum Schadensersatz verpflichtet. — Die §§ 936—938 ordnen die Gegenansprüche des Besitzers wegen **Verwendungen** und das ihm dafür zustehende **Zurückbehaltungsrecht**. Der Besitzer einer beweglichen, ihm vom Nichteigenthümer übertragenen Sache, welcher das Eigenthum derselben nur darum nicht erworben hat, weil sie gestohlen oder verloren war, hat nach § 939 gegen den Eigenthümer den Gegenanspruch auf Ersatz desjenigen, was er für den Erwerb der Sache dem Veräußerer geleistet oder noch zu leisten hat, jedoch nur bis zur Höhe des Werthes der Sache bei der Herausgabe abzüglich der zu erstattenden Verwendungen. Entsprechendes bestimmt § 940 zu Gunsten des Pfandinhabers, welcher aus gleichem Grunde nicht pfandberechtigt geworden ist. Der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe wird ausgeschlossen durch ein dingliches oder gegen den Eigenthümer gerichtetes Forderungsrecht des Besitzers oder Inhabers, die Sache zu behalten (§ 942). Die §§ 943, 44 bestimmen den Anspruch des Eigenthümers auf Wiederaufhebung und Unterlassung von Beeinträchtigungen seines Eigenthums (actio negatoria). — Die Bestimmungen über den Eigenthumsanspruch erhalten nach § 945 entsprechende Anwendung zu Gunsten desjenigen, „welcher den Besitz einer beweglichen Sache erworben hat, sofern er bei dem Besitzerwerbe den Umstand nicht gekannt hat, durch welchen der Er-

werb des Eigenthums an der Sache verhindert worden ist, und seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat," jedoch nicht gegen den Eigenthümer oder einen Dritten, der sich mit ihm in gleicher Lage befindet und nicht von demselben Rechtsvorgänger später erworben hat. Für Grundstücke ist die actio Publiciana durch das System des Entwurfs ausgeschlossen.

Die Bestimmungen des fünften Titels über das Miteigenthum greifen in einander mit den Vorschriften über die Gemeinschaft in den §§ 762—73 des zweiten Buches, welche die „obligatorischen" Beziehungen zwischen mehreren Personen regeln, denen ein Recht ungetheilt in Gemeinschaft zusteht. Der vorliegende Titel beschränkt sich auf die vom Entwurf als Regel angesehene Voraussetzung, daß die Sache den Miteigenthümern nach Bruchtheilen gehört (§ 946 Abs. 2), weil nur bei dieser römischen Konstruktion von einem besonderen dinglichen Rechte des einzelnen Miteigenthümers die Rede sein kann. Dem entspricht es auch, daß die Motive (III. S. 439) den Anspruch auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache im Antheilsrechte begründet finden, so daß eine dingliche Ausschließung des Theilungsrechts nur in der Form der Belastung des Antheils des einen Miteigenthümers zu Gunsten des andern möglich wird (§ 949); ebenso daß der Entwurf ein Accrescenzrecht unter den Miteigenthümern nicht kennt, vielmehr auch unter ihnen (§ 950) die Bestimmungen über Zueignung und Aufgebot bei der Aufgabe seines Antheils von Seiten eines Miteigenthümers eintreten läßt. Die dingliche Sonderung der Bruchtheile führt weiter dahin, daß (§ 947) ein Recht, durch welches die gemeinschaftliche Sache belastet wird, auch für einen Miteigenthümer begründet werden kann, und wie die Uebertragung, so auch die Belastung des Antheils eines Miteigenthümers sich nach den Vorschriften über Belastung und Uebertragung des Eigenthums überhaupt bestimmen (§ 948). Der Eigenthumsanspruch des Miteigenthümers erhält die besondere Richtung, daß der Miteigenthümer gegen jeden Mitbesitzer sowie gegen den Besitzer und den Inhaber der Sache den Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes hat (§ 951 Abs. 1). Das Recht eines jeden Miteigenthümers, die Herausgabe der gemeinschaftlichen Sache an alle Miteigenthümer zu fordern, leitet der Entwurf (§ 951 Abs. 2) aus den Bestimmungen über Mehrheit von Gläubigern in Schuldverhältnissen ab.

Als dingliche Rechte an fremder Sache kennt der Entwurf außer Dienstbarkeiten, Reallasten, Pfandrecht und Grundschuld, welche

im siebenten bis neunten Abschnitt des dritten Buches behandelt sind, nur ein Vorkaufsrecht und ein „Erbbaurecht" (fünfter und sechster Abschnitt). Von diesen sind nur der Nießbrauch und das Pfandrecht auf bewegliche Sachen und weiter auch auf Rechte anwendbar. Andere als die im Gesetz ausdrücklich zugelassenen dinglichen Rechte können nach der Voraussetzung des Entwurfs nicht begründet werden. Nach der Anmerkung zum Eingange des Sachenrechts sind jedoch unter c von der Regelung durch das Gesetzbuch ausgeschlossen das Recht der Stammgüter, Familienfideikommisse und Lehen sowie die Emphyteuse, das Erbzins- und Erbpachtrecht. Während aber für die ersteren Art. 35 im Entwurf des Einführungsgesetzes entsprechend bestimmt, daß die betreffenden Vorschriften der Landesgesetze „unberührt" bleiben, ist ein gleiches für die letzteren nicht ausdrücklich vorgesehen, und die Motive geben über diese Auslassung keinen Aufschluß, insbesondere keinen Anhalt dafür, ob diese Rechtsverhältnisse unter der „Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse" und der „Begründung von anderen Rechten" des dem „Agrarrecht" gewidmeten Art. 41 des Entwurfs des Einführungsgesetzes mitbegriffen sein sollen. In den Motiven zum Sachenrechte (III S. 6) sind diese Einrichtungen, „welcher einer längst vergangenen Gestaltung der politischen und wirthschaftlichen Verhältnisse ihre Entstehung verdanken," als „dem Absterben verfallen und deshalb zur Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht geeignet" bezeichnet, weshalb „die Aufgabe, sich mit ihnen abzufinden," den Landesgesetzgebungen überlassen werden müsse. Wenn indeß einmal die ganze Materie der Landesgesetzgebung untersteht, würde diese auch an einer Wiederbelebung oder Wiedereinführung der Erbpacht nicht gehindert sein, trotz der anderwärts (III S. 448) in den Motiven gemachten Bemerkung, daß diese Wiedereinführung „erheblichen Bedenken unterliegt."

Uebrigens hat, wie die Motive an der letzteren Stelle sagen, der Entwurf das dingliche Vorkaufsrecht gerade auch aus dem Grunde aufgenommen, damit es in Verbindung mit einer Rentenbelastung als Ersatz der Erbpacht in solchen ländlichen Verhältnissen dienen könne, für welche deren Wiedereinführung neuerdings angeregt worden ist. Das dingliche Vorkaufsrecht ist aber, mit stillschweigender Ausschließung aller gesetzlichen Rechte dieser Art (Näher- oder Retraktsrechte) eng an das obligatorische Vorkaufsrecht angelehnt, welches in den §§ 481—487 geordnet ist. Dieses Recht kann (§ 481) aus-

geübt werden, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand abgeschlossen hat, und zwar so, daß unmittelbar mit der erklärten Ausübung (§ 482) der Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den im Vertrage mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zu Stande kommt. Um die Ausübung zu ermöglichen, hat der Verpflichtete von dem mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrage dem Berechtigten unverzüglich Anzeige zu erstatten (§ 483). Das Vorkaufsrecht kann nicht ausgeübt werden, wenn der Gegenstand desselben im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft wird (§ 485); es ist unveräußerlich (§ 486) und unvererblich (§ 487, 1) und erlischt außerdem (§ 487, 2), wenn es nach erstatteter Anzeige nicht in der vereinbarten oder in deren Ermangelung bei Grundstücken innerhalb einer zweimonatlichen, sonst einwöchigen Frist ausgeübt ist. Alle diese Bestimmungen gelten (§ 954) zwischen dem Vorkaufspflichtigen und dem Berechtigten auch bei dem durch Eintragung ins Grundbuch verdinglichten Vorkaufsrechte (§ 954); es treten nur die Bestimmungen über das Verhältniß des Berechtigten zum dritten Erwerber (§§ 955—59) hinzu. Das dingliche Vorkaufsrecht ist zunächst (§ 952 Abs. 1) bestimmt als Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß bei einem Verkaufe einer Person das Vorkaufsrecht zusteht. Es kann jedoch erweitert werden auf nachfolgende Fälle des Verkaufs (Abs. 2. 1) und dahin, daß es dem jeweiligen Eigenthümer eines anderen Grundstücks zustehen soll (Abs. 2. 2), so daß es dann mit diesem Grundstücke allerdings veräußert werden kann. Darüber hinausgehende Erweiterungen sind ausdrücklich für unwirksam erklärt (§ 959). Der dritte Erwerber kann sich gegen den Berechtigten aller dem Vorkaufspflichtigen zustehenden Einreden bedienen (§ 955) und auch seinerseits (§ 956) durch Anzeige des Verkaufs und des Vertragsinhalts an den Berechtigten die zweimonatliche Präklusivfrist für die Ausübung des Rechts in Lauf setzen. § 957 bestimmt des Näheren die Verbindlichkeiten, zu welchen mit der gegenüber dem Dritten abgegebenen Erklärung der Ausübung dieser und der Berechtigte gegenseitig verpflichtet werden (§ 958). Ist das Vorkaufsrecht mit dem Eigenthum eines zu Gunsten eines Dritten belasteten Grundstücks verbunden, so kann es ohne dessen Einwilligung nicht gelöscht werden, sofern sein Recht nicht durch die Aufhebung unberührt bleibt (§ 960 Abs. 2).

Das Erbbaurecht ist die, jedoch erheblich beschränkte Superficies des gemeinen Rechts, „die Belastung eines Grundstücks mit

dem veräußerlichen und vererblichen Rechte einer Person, auf oder unter der Oberfläche desselben ein Bauwerk zu haben" (§ 961 Abs. 1), und zwar kann die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit des Rechts nicht ausgeschlossen werden (Abs. 3). Auf einen Bruchtheil des Grundstücks oder auf eine Abtheilung eines Gebäudes, insbesondere auf ein Stockwerk oder einzelnes Gelaß kann das Erbbaurecht nicht beschränkt werden (Abs. 2). Das Erbbaurecht erlischt nicht durch den Untergang des Bauwerks, zu dessen Erneuerung vielmehr der Berechtigte befugt ist (§ 963). Es erhält ein Grundbuchblatt (§ 962 Abs. 2) und kann demnach mit anderen dinglichen Rechten Dritter belastet werden, deren Zustimmung zu seiner Aufhebung erforderlich ist (§ 965 Abs. 2), und es genießt Rechtsschutz in entsprechender Anwendung der Bestimmungen über den Eigenthumsanspruch (§ 964).

Unter dem Namen „Dienstbarkeiten" faßt der Entwurf wie das römische Recht die Grunddienstbarkeiten (erster Titel des 7. Abschn.) mit dem Nießbrauch (zweiter Titel) und den „beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten" (dritter Titel) zusammen. Man könnte als gemeinsamen Begriff den der „Nutzungs- oder Gebrauchsrechte" (§§ 973 und 986) an fremder Sache unterstellen; aber die Motive (III S. 486) rechnen zu diesen ausdrücklich auch das Erbbaurecht und beziehen es mit unter die gemeinsame Vorschrift jener Paragraphen, daß, wenn mehrere solcher Rechte von gleichem Range an einem Grundstücke zusammentreffen und sich in der Ausübung behindern oder ausschließen, jeder Berechtigte verlangen kann, daß die Uebrigen in eine dem Interesse Aller nach billigem Ermessen entsprechende Beschränkung der Ausübung einwilligen.

Die Bestimmungen des Entwurfs über Grunddienstbarkeiten sind ungemein vereinfacht einestheils durch die als allgemeines Erforderniß für den Bestand von dinglichen Rechten an Grundstücken in § 969 vorausgesetzte Eintragung ins Grundbuch, anderntheils, indem von Bestimmungen über einzelne Arten dieser Rechte abgesehen und den Betheiligten überlassen ist, im Rahmen der allgemeinen Vorschriften der §§ 966, 967, 971 beliebige Berechtigungen zu vereinbaren, deren Inhalt und Umfang sich durch die Eintragungsbewilligung bestimmt, auf welche bei der Eintragung Bezug genommen werden kann (§ 969). Die Belastung des dienenden Grundstücks kann nur darin bestehen, daß es der Eigenthümer des herrschenden in einzelnen Beziehungen benutzen darf, oder daß auf demselben etwas zu unterlassen ist, oder in der Beschränkung einer auf das herrschende Grundstück

sich beziehenden Eigenthumsberechtigung (§ 966); und es sind nur solche Berechtigungen als Grunddienstbarkeiten zulässig, welche und insoweit sie für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vortheil oder Annehmlichkeit zu gewähren geeignet sind (§ 967). Entsprechend ist bei der Ausübung der Grunddienstbarkeit das Interesse des Eigenthümers des dienenden Grundstücks thunlichst zu schonen (§ 970) und kann dieser, wenn ihm die Ausübung in Folge veränderter Umstände besonders beschwerlich geworden ist, eine Verlegung des Orts der Ausübung an einen anderen ebenso geeigneten Ort fordern, welche Befugniß auch durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen werden kann (§ 972). Andererseits kann aber auch eine Grunddienstbarkeit, zu deren Ausübung eine Anlage auf dem dienenden Grundstücke gehört, in der Art begründet werden, daß der Eigenthümer des letzteren unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über Reallasten zu deren Unterhaltung verpflichtet ist; und für die servitus oneris ferendi wird dies angenommen, wenn nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt ist (§ 971). Die Grunddienstbarkeit kann von dem herrschenden Grundstücke nicht getrennt und nur zugleich mit der Benutzung desselben ihre Ausübung einem Andern überlassen werden (§ 974). Die §§ 975, 976 bestimmen die Folgen einer Theilung des dienenden und des herrschenden Grundstücks. Zur Aufhebung der Grunddienstbarkeit ist die Einwilligung des Dritten, mit dessen Rechte das herrschende Grundstück belastet ist, mit derselben Beschränkung wie beim Vorkaufsrechte erforderlich (§ 977). Der Rechtsschutz der Grunddienstbarkeit besteht in einem dem negatorischen Eigenthumsanspruch entsprechend gestalteten Anspruch gegen Beeinträchtigung des Rechts (§ 978) und in einer entsprechenden Anwendung der Besitzklagen zu Gunsten des Inhabers eines Grundstücks gegen Verhinderung oder Störung in der Ausübung einer für dessen Eigenthümer in das Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit, wobei als Besitz die auch nur einmalige Ausübung derselben innerhalb des Jahres vor der Hinderung oder Störung gilt (§ 979). — Gegenüber den wegen des Erfordernisses der Eintragung bei Grunddienstbarkeiten erhobenen Bedenken kommen wesentlich die Uebergangsbestimmungen in Art. 109 des Entw. zum Einf.-Ges. in Betracht. Hiernach kann durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden, daß die zur Zeit, in welcher (gleichfalls nach solcher Verordnung, Art. 108) das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bestehenden Grunddienstbarkeiten, wenn damit eine

dauernde Anlage verbunden ist, so lange diese besteht, sonst binnen einer zehn Jahre nicht übersteigenden Frist nach dem Inkrafttreten des B. G. B. der Eintragung in das Grundbuch zur Erhaltung der vollen Wirksamkeit gegen Dritte nicht bedürfen. Hiernach können also die sog. apparenten Grunddienstbarkeiten überhaupt unabhängig von der Eintragung fortbestehen. Die Ersitzung einer Dienstbarkeit freilich wird mit dem bezeichneten Zeitpunkte abgeschnitten, da sie bis dahin vollendet sein muß, damit die Dienstbarkeit als bestehend gelten kann; für diejenigen aber, welche bis dahin eine Grunddienstbarkeit ersessen wie sonst erworben zu haben glauben, ist eine hinreichende Zeit vorgesehen, um die Eintragungsbewilligung in Güte zu erlangen oder ihr Recht darauf zu erstreiten.

Als Nießbrauch bestimmt § 980 die Belastung einer Sache zu Gunsten einer bestimmten Person in der Weise, daß diese berechtigt ist, alle Nutzungen der Sache zu ziehen. Es kann jedoch der Nießbrauch (Abs. 8) durch Ausschließung einzelner Nutzungen beschränkt werden, ohne daß er dadurch zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit würde: für diese ist vielmehr Voraussetzung, daß der Berechtigte das dienende Grundstück nur in einzelnen Beziehungen benutzen kann (§ 1044) und für den Umfang der Benutzung in der Regel das persönliche Bedürfniß desselben maßgebend ist (§ 1046). Daher kann eine solche Dienstbarkeit in der Regel auch nicht veräußert, noch ihre Ausübung einem andern überlassen werden (§ 1047), während der Nießbrauch sowohl veräußert wie belastet werden kann (§ 1011). Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann nicht (§ 1045), wohl aber der Nießbrauch an einem Bruchtheile der Sache begründet werden (§ 981), wovon § 985 die Anwendung auf den Nießbrauch am Antheil eines Miteigenthümers enthält. Da übrigens doch beiderlei Rechte im Inhalte einander nahe kommen können und der Inhalt des Nießbrauchs wegen seiner Beschränkbarkeit aus dem Namen nicht zu erkennen ist, kann zu dessen näherer Bezeichnung bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 982), während bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit vorausgesetzt ist, daß die Eintragung den bestimmten Inhalt erkennen lasse. — Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist andererseits an die Grunddienstbarkeit dadurch herangerückt, daß sie die Form abgiebt, in welcher eine als Grunddienstbarkeit zulässige Befugniß nur einer bestimmten Person, aber mit dinglicher Berechtigung gegen das dienende Grundstück eingeräumt werden kann

(§ 1044). Daher finden auf die beschränkten persönlichen theils Vorschriften über die Grunddienstbarkeiten, theils Bestimmungen über den Nießbrauch entsprechende Anwendung (§§ 1048, 1049). In § 1050 ist noch besonders das Wohnungsrecht behandelt.

Unter den Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen betreffen die §§ 987—990 den Umfang des Rechts in der Richtung auf wesentliche Bestandtheile der Sache, die §§ 991, 994, 995, 1000, die Art der Ausübung, wobei insbesondere Wirthschaftlichkeit des Verfahrens und Erhaltung der wirthschaftlichen Bestimmung der Sache hervorgehoben werden. Die §§ 997—1000 ordnen die Erhaltung der Sache und die dazu erforderlichen Ausbesserungen und Wiederherstellungen, die §§ 1001—1003 die den Nießbraucher sonst treffenden Lasten insbesondere auch für Versicherung, die §§ 1007—1010 die Auseinandersetzung zwischen Nießbraucher und Eigenthümer nach Beendigung des Nießbrauchs. Hierbei wird dem ersteren Ersatz nicht nur der Verwendungen auf die Sache, zu welchen er nicht verpflichtet war, sondern auch der Kosten für die Gewinnung von Früchten, die bei Beendigung seines Rechtes noch nicht getrennt sind, zugesprochen (§ 1009), während er die bei Beginn des Nießbrauchs aufstehenden Früchte nach § 794 Nr. 1 bezieht, ohne zum Ersatz der dafür aufgewendeten Bestellungskosten verpflichtet zu sein. Uebrigens kann der Eigenthümer den Anspruch auf Erfüllung der dem Nießbraucher während der Dauer seines Rechts obliegenden Verpflichtungen schon in dieser Zeit geltend machen (§ 1004) und wenn durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgniß einer Verletzung seiner Rechte begründet wird, Sicherheitsleistung und in deren Ermangelung Entziehung der Ausübung des Nießbrauchs und Uebertragung derselben auf einen Verwalter für Rechnung des Nießbrauchers verlangen (§§ 1005, 1006). — Durch Veräußerung des Nießbrauchs erleidet der Inhalt des Rechts keine Veränderung (§ 1011 Abs. 2) und bei einem mehreren Personen gemeinschaftlich zustehenden Nießbrauche kann Verkauf desselben zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft nicht verlangt werden (§ 1012). Der veräußernde Nießbraucher haftet dem Eigenthümer neben dem in seine Verpflichtungen eintretenden Erwerber wie ein Bürge, mit Ausschluß der Einrede der Vorausklage (§ 1013). Daß der Nießbrauch mit dem Tode des ursprünglich Berechtigten erlischt (§ 1014), folgt schon daraus, daß er begrifflich an eine bestimmte Person (§ 980) gebunden ist. Der Nießbrauch der juristischen Person erlischt außer in dem Falle ihres

eigenen Erlöschens auch nach Ablauf von 100 Jahren seit der Begründung, selbst wenn er für längere Zeit bestellt war (§ 1014 Abs. 2). Zur Aufhebung eines mit dem Rechte eines Dritten belasteten Nießbrauchs ist dessen Einwilligung erforderlich (§§ 1015, 1016). Die Ansprüche des Nießbrauchers wegen Beeinträchtigung seines Rechts sind durch entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Eigenthumsanspruch bestimmt (§ 1017). — Bei Begründung eines Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen erwirbt der Nießbraucher das Eigenthum derselben mit dem Rechte des gutgläubigen Erwerbers und hat nach Beendigung seines Rechts ihren Werth bei Beginn des Nießbrauchs zu ersetzen (§ 1018). Diesen Werth können, wie bei andern Sachen deren Zustand (§ 992), sowohl der Besteller als der Nießbraucher durch gerichtlich zu ernennende Sachverständige feststellen lassen (§ 1019). Wegen Gefährdung des Werthersatzes kann der zur Bestellung des Nießbrauchs Verpflichtete schon vorher Sicherheit verlangen und bis zu deren Leistung die Bestellung verweigern (§ 1020). Bei dem Nießbrauch an einem Inbegriff von Vermögensgegenständen oder einem Bruchtheil eines solchen hat der Nießbraucher ein auf Verlangen öffentlich zu beglaubigendes Verzeichniß der Gegenstände dem Eigenthümer mitzutheilen (993).

Den Satz: daß durch die Vereinigung von Eigenthum und Nießbrauch in derselben Person das letztere Recht aufgehoben wird, spricht § 1016 nur für den Nießbrauch an einer beweglichen Sache aus, da nach der allgemeinen Bestimmung des § 835 an Grundstücken die beschränkten dinglichen Rechte durch die Vereinigung mit dem Eigenthume nicht aufgehoben werden. Rechte als Gegenstände des Nießbrauchs stellt in dieser Beziehung § 1025 den beweglichen Sachen gleich, auch wenn es nicht Rechte an einer beweglichen Sache sind.

Auf den Nießbrauch an Rechten finden die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung bis auf die ausdrücklich bestimmten Abweichungen (§ 1021). Nur an übertragbaren Rechten kann ein Nießbrauch durch Rechtsgeschäft bestellt werden (§ 1022), und die Bedingungen der Uebertragung des Rechts sind im Allgemeinen auch für die Begründung und Veräußerung des Nießbrauchs an demselben maßgebend (§ 1023). Verfügungen über das Recht, durch welche der Nießbrauch beeinträchtigt wird, sind ohne Einwilligung des Nießbrauchers nicht wirksam (§ 1024). Der Nießbraucher erwirkt ohne Abtretung diejenigen Ansprüche gegen Dritte, welche zu den Nutzungen des seinem Nießbrauche unterliegenden Rechts gehören

(§ 1026). Im Einzelnen beschäftigte sich § 1027 mit dem Nießbrauch an einer Leibrente und ähnlichen Rechten, bei welchen die während seiner Dauer fällig werdenden Leistungen als Nutzungen gelten; die §§ 1028—1032 mit dem Nießbrauch an Forderungen überhaupt, §§ 1033, 34 an zinstragenden Forderungen insbesondere, § 1035 an Grundschuld und Eigenthümerhypothek, welche den Forderungen entsprechend zu behandeln sind, §§ 1036 und 1037 an Schuldverschreibungen oder Aktien auf den Inhaber. Forderungen auf bloße Leistung eines Gegenstandes kann der Nießbraucher einziehen, aber nicht in anderer Art darüber verfügen; er haftet für die ordnungsmäßige Einziehung und erwirbt mit der an ihn bewirkten Leistung den Nießbrauch an dem Gegenstande, vorbehaltlich der nach der Beschaffenheit desselben erforderlichen Eintragung, in welche der Gläubiger zu willigen verpflichtet ist. Bei Forderungen auf Leistung verbrauchbarer Sachen kann der Nießbraucher vom Gläubiger auch die Abtretung verlangen, womit im Verhältnisse beider zu einander die Forderung als vom Nießbraucher eingezogen gilt. Die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person wirkt nicht gegen den Nießbraucher der Forderung. Auch an selbstgeschuldeten Forderungen ist Nießbrauch möglich, es kann aber der Gläubiger die Leistung fordern, so daß an deren Gegenstande der Nießbrauch begründet wird. Auf Zinsen ausstehende Forderungen können nur vom Gläubiger und Nießbraucher gemeinschaftlich gekündigt und nur an beide zusammen abgetragen werden; jeder Theil kann von dem andern die Mitwirkung zur Einziehung der fälligen und bei Gefährdung ihrer Sicherheit zur Kündigung der noch nicht fälligen aber kündbaren Forderung, und nach der Einziehung die Wiederanlegung nach den Vorschriften über Belegung von Mündelgeldern verlangen. An Inhaberpapieren steht nur dem Eigenthümer und dem Nießbraucher gemeinschaftlich die Inhabung zu, deren Ergreifung oder die in Ermangelung eines Einverständnisses darüber zu bewirkende Hinterlegung zur Begründung des Nießbrauchs genügt. Behufs Einziehung fälliger Kapitalbeträge und Beschaffung neuer Zinsscheine u. dgl. sind beide Theile gegeneinander zur Mitwirkung verpflichtet.

Der Nießbrauch an einem ganzen Vermögen soll nach den Grundsätzen des Entwurfs Nießbrauch an den einzelnen Vermögensgegenständen sein (§ 1038). Doch erfolgt die Begründung des Nießbrauchs (§ 1039) entsprechend der Abtretung eines Vermögens oder einer Erbschaft (§ 313) durch einen Vertrag, welcher zur Abtretung jeder

Art der zum Vermögen gehörenden Gegenstände geeignet ist und mit welchem unter dieser Voraussetzung alle zum Nießbrauch gehörenden Befugnisse übertragen werden. Der „Eigenthümer" des Vermögens (so drückt sich der Entwurf aus, obwohl er grundsätzlich nur Eigenthum an einzelnen Sachen kennt) kann verlangen, daß das ihm mitzutheilende Verzeichniß der Vermögensgegenstände unter seiner Zuziehung durch die zuständige Behörde oder einem zuständigen Beamten aufgenommen werde (§ 1042). Die §§ 1040 und 1041 treffen Bestimmungen über die Deckung der auf dem Vermögen haftenden Schulden.

Die Vorschriften des Entwurfs über Reallasten gelten nur unter dem Vorbehalt für die Landesgesetzgebung, diese Art der Belastung von Grundstücken ganz auszuschließen, zu beschränken und ihre Ablösung zu regeln (Art. 70 des Entwurfs zum Einführungsgesetz). Die Reallast wird (§ 1051) bestimmt als Verpflichtung des jeweiligen Eigenthümers des belasteten Grundstücks, zu Gunsten einer bestimmten Person oder des jeweiligen Eigenthümers eines andern Grundstücks, zu wiederkehrenden Leistungen (welche nicht in einem Unterlassen bestehen können) und Haftung des belasteten Grundstücks für rückständige Leistungen in der Weise wie für rückständige Hypothekenzinsen. Zur Bezeichnung des innerhalb dieses Rahmens dem Belieben der Betheiligten überlassenen Inhalts der Reallast kann in der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 1054). Ein Bruchtheil des Grundstücks kann nicht mit einer Reallast belastet werden (§ 1053); wird das belastete Grundstück in Natur getheilt, so haften die Eigenthümer der einzelnen Theile als Gesammtschuldner (§ 1056 Abs. 2); es ist jedoch der Landesgesetzgebung vorbehalten, die Vertheilung der Reallast auf die Grundstückstheile zu ordnen (Art. 76 des Entwurfs zum Einführungsgesetz). Ueber die Folgen der Theilung des berechtigten Grundstücks bestimmt § 1058. Eine solche zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks bestehende Reallast kann von diesem Grundstücke nicht getrennt und nur mit diesem zusammen belastet werden (§ 1057); in diesem Falle bedarf es zu ihrer Aufhebung der Einwilligung des Dritten, zu dessen Gunsten die Belastung besteht, wenn sein Recht durch die Aufhebung berührt wird (§ 1061 Abs. 2). Dagegen kann die zu Gunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast, vorausgesetzt, daß der Anspruch auf die einzelne Leistung übertragbar ist, für sich veräußert und belastet, aber nicht mit dem Eigenthume an

einem Grundstücke verbunden werden (§ 1059); im Falle ihrer Belastung bedarf es zu ihrer Aufhebung schlechthin der Einwilligung des Dritten, zu dessen Gunsten die Belastung besteht. Die Haftung für rückständige Leistungen aus einer Reallast, welche während der Dauer seines Eigenthums fällig wurden, bleibt als persönliche Schuld des Eigenthümers neben der Haftung des Grundstücks bestehen, auch wenn er aufgehört hat, Eigenthümer zu sein (§ 1056 Abs. 1).

Bei der Ordnung des Pfandrechts an Grundstücken ist der Entwurf der preußischen Gesetzgebung von 1872 zunächst darin gefolgt, daß er neben der accessorischen, an die Existenz einer obligatorischen Geldforderung gebundenen Hypothek (erster Titel des neunten Abschnitts) die sogen. Grundschuld als reinen Realanspruch aufgenommen hat (zweiter Titel). Er hat aber dann nicht nur die Hypothek des preußischen Rechts, welche nach den ihr gewährten Erleichterungen der Uebertragung und Sicherheit des Erwerbes als Verkehrshypothek bezeichnet werden kann, in die zwei Arten der Buch- und der Briefhypothek gespalten (Unterabschnitt I und II des ersten Titels), sondern neben beide eine jener Verkehrserleichterungen entbehrende, die bloße Sicherung des Gläubigers bezweckende Sicherungshypothek (Unterabschnitt III) gestellt. Es sind demnach einschließlich der Grundschuld vier Arten der Haftung eines Grundstücks für einen Geldanspruch aufgestellt, von welchen die Sicherungshypothek wieder verschiedene Unterarten umfaßt.

Was zunächst das Verhältniß der Grundschuld zur Hypothek anlangt, so wird letztere in § 1062 bestimmt als Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen; die Grundschuld in § 1135 als Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß eine bestimmte Person berechtigt ist zu verlangen, daß für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung beigetrieben werde (für die Hypothek bestimmt § 1075 noch besonders diesen Anspruch auf Beitreibung). Während die Forderung, für welche die Hypothek bestellt wird, nach § 1062 Abs. 2 eine künftige oder eine bedingte sein kann, ist nach § 1137 die Bestellung einer Grundschuld unter Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung unwirksam. Während andererseits eine Hypothek am eigenen Grundstück, Eigenthümerhypothek, nur auf dem Umwege entstehen kann, daß entweder der Eigenthümer, welcher zugleich

obligatorischer Schuldner ist, den Gläubiger einer Forderung, für welche Hypothek bestellt ist, befriedigt (§ 1094) oder eine solche Forderung und die entsprechende Verbindlichkeit sich in der Person des Eigenthümers des belasteten Grundstücks vereinigen (§ 1097), kann die Grundschuld ohne Weiteres auch für den Eigenthümer begründet werden. Da übrigens die Eigenthümerhypothek von der durch Tilgung oder Vereinigung erloschenen Forderung, für welche die Hypothek bestellt war, vollständig abgelöst ist, und auch durch ihre weitere Uebertragung mit derselben eine neue Forderung nicht verbunden wird (§ 1100 Abs. 2), so fällt sie inhaltlich mit der Grundschuld zusammen und so bestimmt denn auch § 1098 Abs. 1 die dem Eigenthümer zustehende Berechtigung genau mit den Worten des § 1135; hiernach läßt sich die Eigenthümerhypothek nicht wohl als eine besondere, vierte Art der Hypothek ansehen. Für ihre Uebertragung bleiben allerdings die Vorschriften für die Uebertragung der eingetragenen Forderung maßgebend (§ 1100), sonst aber hat sie von der Hypothek nur noch den Namen, inhaltlich ist sie in eine Grundschuld umgewandelt ohne die in § 1144 für eine vertragsmäßige Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld erforderte Zustimmung der dem Gläubiger im Range gleichstehenden oder nachstehenden Berechtigten. Uebrigens ist die „Eigenthümerhypothek" in dem vorbezeichneten Sinne zu unterscheiden von der Hypothek des Eigenthümers, welche dadurch entsteht, daß auf den nicht obligatorisch haftenden Eigenthümer des belasteten Grundstücks, welcher den Hypothekengläubiger befriedigt, nach § 1094 Abs. 2 von Rechtswegen die Forderung mit der Hypothek übertragen wird; es ist und bleibt dies die alte, an den Bestand der Forderung gebundene Hypothek. An Stelle einer erloschenen Hypothek kann eine andere nicht eingetragen werden (§ 1102).

Trotz der Unabhängigkeit der Grundschuld von einer obligatorischen Forderung ist der Entwurf genöthigt, den Berechtigten als Grundschuldgläubiger zu bezeichnen und bezüglich der Verzinsung, Kündigung, Zahlung der Grundschuld in den §§ 1135 Abs. 2, 1139—1141 Bestimmungen zu treffen, wie sie bei der Hypothek aus dem Forderungsverhältnisse sich ergeben, insbesondere auch die Vorschriften über Verzug entsprechend anzuwenden. Der Eigenthümer kann wegen der ihm am eigenen Grundstücke zustehenden Hypothek oder Grundschuld nicht selbst die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung betreiben und für die Eigenthümerhypothek und Grund-

schuld nur von der Zeit an Zinsen fordern, in welcher das Grundstück in Beschlag genommen worden ist (§§ 1076, 1099, 1143).

Während für die Hypothek des preußischen Rechts die Ausstellung eines Hypothekenbriefs Regel ist und nur so lange darauf verzichtet werden kann, als nicht eine Veränderung im Grundbuche einzutragen ist, entsteht die eigenartige Briefhypothek des Entwurfs nur dadurch, daß die Ertheilung des Hypothekenbriefes ausdrücklich vereinbart wird (§ 1106). Bei der Grundschuld kann die Ertheilung des Grundschuldbriefs nicht ausgeschlossen werden (§ 1138). Da hiernach der Brief für Grundschuld und Briefhypothek gleich wesentlich ist, so finden die Vorschriften über die letztere auf die Grundschuld entsprechende Anwendung, soweit nicht aus ihrer Unabhängigkeit von einer Forderung sich ein Anderes ergiebt; und dies gilt dann weiter auch für die nach § 1108 auf die Briefhypothek anwendbaren allgemeinen Bestimmungen, welche sich in dem Unterabschnitt über die einfache Buchhypothek finden, und andererseits mit gewissen Ausnahmen auch für die Sicherungshypothek gelten (§ 1125 Abs. 2). Hiernach sind allen Arten der Hypothek und der Grundschuld gemeinschaftlich die Bestimmungen a) des § 1063, nach welchem ein Bruchtheil des nicht im Miteigenthume stehenden Grundstücks sowie ein Bruchtheil des Antheils eines Miteigenthümers nicht mit einer Hypothek belastet werden kann, b) der §§ 1067—71 über die dem Gläubiger haftenden Gegenstände, unter welchen über den § 790 hinaus nach § 1067 Nr. 3 das im Eigenthum des Grundstückseigenthümers stehende Zubehör einbegriffen ist, c) der §§ 1072—74 über Sicherstellung des Gläubigers gegen Verschlechterungen des belasteten Grundstücks, d) des § 1077 über die Nichtigkeit der Vereinbarung anderer als der gesetzlichen Rechtsfolgen des Pfandrechts, insbesondere der lex commissoria, e) des § 1078 über das Wahlrecht des Gläubigers, seine Befriedigung aus einem unter mehreren belasteten Grundstücken zu suchen, f) der §§ 1080—82 über das Recht des Eigenthümers und Dritter, insbesondere nachstehender Gläubiger, den Gläubiger zu befriedigen, dessen Forderung fällig ist (auf die Grundschuld gemäß § 1139 nach erfolgter Kündigung anwendbar). Die Bestimmungen der §§ 1064—66 über die Eintragung können auf die Kautionshypothek als Unterart der Sicherungshypothek nur nach Maßgabe des § 1129, auf die Grundschuld nach Maßgabe des § 1135 Anwendung finden. Nur für die verschiedenen Arten der Hypothek gelten die Bestimmungen des § 1086, daß mit Uebertragung der Forderung die Hypothek über-

geht, die eine ohne die andere nicht übertragen werden kann, der §§ 1092—93 über das Erlöschen der Hypothek, wenn die Forderung erloschen oder durch Einrede ausgeschlossen ist (in letzterem Falle erlischt die Hypothek, wenn der Eigenthümer gegenüber dem Gläubiger die Erklärung abgiebt, daß er die Einrede geltend mache) und der §§ 1103—1105 über das Aufgebotsverfahren, welches der Eigenthümer einleiten kann, wenn er behauptet, daß die Forderung erloschen sei und seit der letzten auf die Hypothek sich beziehenden Eintragung in das Grundbuch dreißig Jahre verstrichen sind. Nur für die beiden Arten der Verkehrshypothek gilt § 1079, nach welchem die Kündigung, um wirksam zu sein, Seitens des Gläubigers an den Eigenthümer geschehen kann und muß, Seitens des letzteren an den Gläubiger geschehen kann, die Kündigung des Schuldners aber nur mit der Anzeige an den Eigenthümer wirksam wird.

Die Sicherung des gutgläubigen Erwerbers einer Grundschuld entspringt aus den allgemeinen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Bei der Verkehrshypothek aber ist es wegen ihres Zusammenhanges mit der Forderung nothwendig, den Hypothekenanspruch des Erwerbers auch gegen Einreden zu sichern, welche den Bestand der Forderung betreffen, wenn sie aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind. Es bestimmt demgemäß § 1083, daß in Ansehung des Bestehens der Forderung und der gegen dieselbe zu erhebenden Einwendungen die §§ 826—827, 837—839 entsprechende Anwendung finden: die für das eingetragene dingliche Recht sprechende Vermuthung und der ihm zur Seite stehende Inhalt des Grundbuchs wird auf die Forderung erstreckt. Dazu schließt § 1089 die Anwendung der §§ 303—305, d. h. die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den früheren Gläubiger zustehenden Gegenforderung, die Gültigkeit einer an denselben gemachten Leistung oder eines mit ihm geschlossenen Rechtsgeschäfts und die Gültigkeit einer späteren Abtretung nach Maßgabe der vom Schuldner erlangten Kenntniß der geschehenen Uebertragung aus (Bestimmungen, welche auf die Grundschuld schon nach ihrem Begriffe keine Anwendung finden). Dagegen kann nach § 1084 der Eigenthümer gegen den Anspruch aus der Hypothek diejenigen Einwendungen geltend machen, welche sich in dem persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem Gläubiger gründen, sowie die Einreden, welche dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen, so weit die Geltung des Grundbuchs nicht entgegensteht, so daß selbst ein nach Begründung der Hypothek vom Schuldner erklärter

Verzicht auf eine Einrede in Ansehung des Anspruchs aus der Hypothek unwirksam ist, endlich selbstverständlich alle aus dem Grundbuche sich ergebenden oder dessen Unrichtigkeit behauptenden Einwendungen. Von der Möglichkeit, Einwendungen durch Vormerkung zu erhalten (§ 1085 Abs. 1) macht Abs. 2 eine besondere Anwendung für die Vormerkung, daß ein Darlehen, für welches Hypothek bestellt ist, nicht erfolgt sei; es genügt zu deren Eintragung der Antrag des Eigenthümers und sie gilt, wenn innerhalb dreißig Tagen geschehen, als mit der Hypothekeneintragung gleichzeitig. Dies gilt jedoch nur bei der bloßen Buchhypothek (§ 1111); bei der Briefhypothek ist für denselben Zweck ein anderer Weg vorgesehen (s. u.).

Die beiden Arten der Verkehrshypothek unterscheiden sich wesentlich durch die Form der Uebertragung. Für die bloße Buchhypothek (und zugleich die Sicherheitshypothek) bestimmt § 1087, daß auf die Abtretung der Forderung, für welche Hypothek bestellt ist, die Vorschriften für die Uebertragung dinglicher Rechte Anwendung finden, also ein sogenannter dinglicher Vertrag und Eintragung im Grundbuche erforderlich sind. Letztere ist nach § 1088 sogar zur Uebertragung der Forderung durch Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung nothwendig. — Bei der Briefhypothek und der Grundschuld ist das Eigenthum an dem Briefe untrennbar mit dem Rechte verbunden; es ist also schon die erste Aushändigung des Briefes von größter Bedeutung. Darum soll die Grundbuchordnung den Eigenthümer in die Lage setzen, sich die Aushändigung des Hypothekenbriefes an seine Person zu sichern, und der Entwurf bestimmt für den Fall, daß dies geschehen ist, „es kann der Beweis der Entstehung der Forderung von dem Gläubiger, so lange dieser nicht Inhaber des Briefes ist, durch die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch und durch den Hypothekenbrief nicht geführt werden" (§ 1110 und Anmerkung dazu). Zur Abtretung der durch Briefhypothek gesicherten Forderung und der Grundschuld ist ein gerichtlich oder notariell beglaubigter Abtretungsvertrag und Uebergabe des Briefes erforderlich, nicht aber Eintragung ins Grundbuch (§ 1112). Für die Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung wird der Abtretungsantrag durch den dem „Drittschuldner" zugestellten Ueberweisungsbeschluß ersetzt (§ 1113). Der durch eine zusammenhängende auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von Uebertragungsurkunden als berechtigt ausgewiesene Inhaber des Briefes steht für weitere Uebertragungen dem eingetragenen Gläubiger derart gleich, daß auf jene Urkunden ein-

schließlich des Briefes der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt wird (§ 1114) und es ist auf Vorlegung derselben der neue Gläubiger in das Grundbuch einzutragen (§ 1115), auch gelten die in oder auf dem Briefe vermerkten Thatsachen als dem Erwerber zur Zeit des Erwerbes bekannt geworden (§ 1116). Zur Geltendmachung des Rechts aus der Briefhypothek oder Grundschuld ist nur derjenige berechtigt, welcher den Brief vorlegt und entweder eingetragen ist oder durch die bezeichneten Urkunden sich ausweist (§ 1117); die ohne solchen Ausweis erklärte Mahnung oder Kündigung ist unwirksam, wenn der Eigenthümer sie wegen dieses Mangels unverzüglich zurückweist (§ 1118). Bei Tilgung der Forderung oder Grundschuld ist der Brief auszuhändigen, theilweise Tilgung auf dem Brief zu vermerken, auch der Brief behufs Löschung oder Umschreibung auf Verlangen vorzulegen (§ 1119). Bei Theilung der Forderung oder Grundschuld können Theilhypotheken- oder Grundschuldbriefe ohne Zustimmung des Eigenthümers des belasteten Grundstücks aufgestellt werden (§ 1122). Ein abhanden gekommener oder vernichteter Hypotheken- oder Grundschuldbrief ist im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos zu erklären (§ 1123).

Die Sicherungshypothek ist bei der Eintragung als solche zu bezeichnen (§ 1126) und die Ertheilung eines Briefes für dieselbe ausgeschlossen (§ 1127). Ist bei der Begründung der Hypothek die Feststellung des Betrages der Forderung vorbehalten (Cautionshypothek), so findet nur die Sicherungshypothek statt, wofür § 1129 das Nähere anordnet. Als Sicherungshypothek ist auch die Zwangshypothek einzutragen, welche der Gläubiger einer vollstreckbaren Geldforderung im Wege der Zwangsvollstreckung fordern kann (§ 1130); der Schuldner kann die Einschränkung einer solchen Hypothek bis auf eine den Vorschriften über Belegung von Mündelgeldern noch entsprechende Sicherheit fordern, wenn dem Gläubiger durch dieselbe allein oder in Verbindung mit einer früher eingetragenen Hypothek mehrere Grundstücke des Schuldners haften (§ 1131). Endlich kann auf Grund eines vollstreckbaren dinglichen Arrestbefehls die Eintragung einer Arresthypothek als Sicherungshypothek verlangt werden. — Zur Umwandlung der Sicherheits- in eine Art der Verkehrshypothek ist die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Gläubiger erforderlich (§ 1134).

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen bestimmt der Entwurf (§ 1145) als Belastung derselben in der Weise, daß eine bestimmte

Person berechtigt ist, aus der Pfandsache (dem Pfande) wegen einer Forderung Befriedigung zu verlangen. Die Forderung braucht also nicht, wie die Hypothek, eine bestimmte Geldforderung zu sein, vielmehr sagt Abs. 2 ausdrücklich, daß sie nicht nur eine künftige oder bedingte, sondern auch eine unbestimmte sein kann. Der Entwurf nennt dieses Recht Faustpfandrecht, aber die Motive erkennen an, daß diese Bezeichnung hier einen anderen Sinn hat als in den Reichsgesetzen, welche sie anwenden. Zur Begründung des Rechts ist allerdings neben dem dinglichen Vertrage Einräumung und Ergreifung der Inhabung erforderlich, wenn der Gläubiger sich nicht schon im Besitze der Sache befindet, und die Anwendung des constitutum possessorium ist ausgeschlossen (§ 1147 Abs. 1. 2.). Auch ist die Bestellung des Pfandrechts unwirksam, wenn vereinbart ist, daß der Verpfänder das Pfand in der Inhabung behalten soll (Abs. 3 u. f.) und der Pfandgläubiger ist berechtigt das Pfand inne zu haben (§ 1153). Indeß kann dieses Recht durch die Vereinbarung beschränkt werden, daß das Pfand unter dem Mitverschlusse des Verpfänders bleibt, oder daß ein Dritter dasselbe für den Pfandgläubiger und den Eigenthümer inne habe (§ 1147 Abs. 3). So wird es möglich, daß mehrere Pfandrechte an derselben Sache bestehen, von welchem das ältere dem jüngeren vorgeht, auch wenn jenes für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt ist (§ 1151). Unter diesen Voraussetzungen gilt für den Pfandgläubiger das Recht des gutgläubigen Erwerbers, so daß mit den gleichen Beschränkungen sein Pfandrecht allen an der Sache früher begründeten Rechten vorgeht (§ 1152). Das Faustpfandrecht kann auch in der Weise begründet werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu beziehen, worüber § 1154 das Nähere bestimmt. Die §§ 1148, 49 grenzen den Umfang der Ansprüche ab, für welche die Sache haftet, § 1150 den Umfang des Gegenstandes der Haftung (auch der Bruchtheil einer Sache kann als Pfand bestellt werden § 1146). Gegen Beeinträchtigungen seines Rechts hat der Pfandgläubiger Rechtsschutz unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über den Eigenthumsanspruch (§ 1155). Die §§ 1156—58 bestimmen die Verpflichtungen des Pfandgläubigers gegenüber dem Eigenthümer, insbesondere zur Sicherung gegen Verderb und Werthminderung, § 1159 die Verpflichtungen des Eigenthümers gegenüber dem Gläubiger, insbesondere zum Ersatz nothwendiger Verwendungen. Gegen den Anspruch auf Befriedigung aus dem Pfande stehen dem Eigenthümer

sowohl die Einreden aus seinem persönlichen Rechtsverhältnisse zum Gläubiger, als die Einreden des Schuldners gegen die Forderung zu (§ 1160). Die §§ 1161—64 ordnen das Recht des Eigenthümers und dritter an dem Pfande Berechtigter zur Befriedigung des Gläubigers. Zum Verkauf des Pfandes ist dieser nur berechtigt, wenn die Forderung wenigstens zum Theil fällig und, sofern sie nicht eine Geldleistung zum Gegenstande hatte, in eine Geldforderung übergegangen ist (§ 1165); eine vor diesem Zeitpunkte geschlossene Vereinbarung der Befriedigung des Gläubigers durch Eigenthumserwerb an der Pfandsache ist nichtig (§ 1167). Der Pfandgläubiger, welcher das Pfand inne hat, ist gegenüber einem nachstehenden Pfandgläubiger nicht verpflichtet, die Sache zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben; aber der vorgehende Pfandgläubiger, welcher die Innehabung nicht hat, kann dem Verkauf durch einen andern Pfandgläubiger nicht widersprechen (§ 1166). Die Befriedigung des Gläubigers, wenn Geld Gegenstand des Pfandrechts ist, wird in § 1168 geordnet. Die §§ 1169—79 enthalten eingehende Bestimmungen über die beim Verkauf zu beobachtenden Formen; § 1181 unterscheidet, ob die Nichtbeobachtung dieser Formen die Veräußerung zur nicht rechtmäßigen macht, oder nur den Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet. Die §§ 1180 und 1183 bestimmen die Wirkungen des rechtmäßigen Verkaufs. § 1184 handelt von dem Falle, wenn der Antheil eines Miteigenthümers, § 1185 den Fällen, wenn sonst ein Bruchtheil der Sache Gegenstand des Pfandrechts ist. Die §§ 1186—88 behandeln die Uebertragung des Pfandrechts, welche nicht ohne Uebertragung der Forderung möglich ist; wird bei letzterer der Uebergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt dieses (§ 1190). Von der Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft, zu welcher bei Belastung desselben mit dem Rechte eines Dritten dessen Einwilligung erforderlich ist, handelt § 1189 von dem Erlöschen des Pfandrechts durch Rückgabe der Pfandsache (welches auch durch Vorbehalt nicht ausgeschlossen wird), durch Erlöschen der Forderung und durch Vereinigung des Eigenthums der Pfandsache mit der Forderung die §§ 1191—93. Der Pfandgläubiger hat an der Pfandsache kein Zurückbehaltungsrecht wegen einer anderen Forderung (§ 1194). Nach § 1195 gilt die Vermuthung, daß der Verpfänder Eigenthümer der Pfandsache sei, und zwar in dessen Verhältnisse zum Gläubiger schlechthin, im Verhältnisse des Letzteren zum Eigenthümer so lange, als jenem nicht bekannt gewesen und nicht in Folge

grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, daß dem Verpfänder das Eigenthum nicht zusteht. Die §§ 1196—1205 beschäftigen sich mit dem Pfandrechte an einem in das Schiffsregister eingetragenen Schiffe und einer Schiffspart, wobei in einer Anmerkung der Revision des Handelsgesetzbuchs die Entscheidung vorbehalten ist, ob sie in dieses zu übernehmen oder zu unterdrücken seien, und ob sie im Falle ihrer Aufrechthaltung einer Ergänzung in Ansehung von Fahrzeugen der Binnenschifffahrt bedürfen. Es sei hier nur hervorgehoben, daß bei Begründung des Pfandrechts dessen Eintragung in das Schiffsregister, welche die Eintragung des Verpfänders als Eigenthümers voraussetzt, an die Stelle der Einräumung und Ergreifung der Inhabung tritt, auf welche der Gläubiger kein Recht hat.

Ein Pfandrecht an Rechten kann nur soweit diese übertragbar sind, durch Rechtsgeschäft begründet werden und die Vorschriften, welche für deren Uebertragung gelten, finden im Allgemeinen auch auf die Begründung des Pfandrechts und das Verhältniß des Gläubigers zu dem leistungspflichtigen Dritten Anwendung, auf das Pfandrecht selbst, soweit nicht Anderes bestimmt ist, die Vorschriften über das Faustpfand (§§ 1206 bis 1208). Ausgeschlossen ist die Anwendung der Grundsätze über den redlichen Erwerb beweglicher Sachen (§ 1209); weitere Bestimmungen bezüglich der Begründung und Erlöschung des Pfandrechts enthalten die §§ 1210—1212 und 1216. Der Berechtigte kann über das verpfändete Recht nur mit Einwilligung des Gläubigers verfügen, wenn dessen Recht dadurch beeinträchtigt wird (§ 1213). Auf die Nutzungen des verpfändeten Rechts erstreckt sich das Pfandrecht nur nach ausdrücklicher Vereinbarung, bei Verpfändung eines Nießbrauchs jedoch wird dies vermuthet (§ 1214). Seine Befriedigung aus dem verpfändeten Rechte kann der Pfandgläubiger nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels im Wege der Zwangsversteigerung suchen und ein anderes nur nach eingetretener Fälligkeit und Liquidität der Forderung vereinbart werden (§ 1215). Bei dem Pfandrechte an einer Forderung (und entsprechend an einer Eigenthümerhypothek oder Grundschuld) ordnet § 1217 das Verhältniß zwischen dem Forderungsgläubiger und dem Pfandgläubiger bezüglich der Kündigung und Einziehung der verpfändeten Forderung entsprechend dem Verhältniß zwischen dem Gläubiger und Nießbraucher einer Forderung. Nach Eintritt der Fälligkeit und Liquidität der Forderung des Pfandgläubigers kann derselbe die verpfändete Forderung allein kündigen und einziehen, jedoch nicht in anderer Weise darüber verfügen, von

einer Geldforderung auch nur soviel einziehen, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist, und bei mehrfacher Verpfändung derselben Forderung stehen diese Befugnisse nur dem ersten Pfandnehmer zu (§ 1218). An dem eingezogenen Gegenstande einer andern als einer Geldforderung erwirbt der Gläubiger Pfandrecht vorbehaltlich der nach seiner Beschaffenheit erforderlichen Eintragung, welche an einem Grundstücke nur als Sicherungshypothek verlangt werden kann (§ 1219). Die Innhabung der eingezogenen beweglichen Sache, welche der Pfandgläubiger nicht ausschließlich verlangen kann bezw. deren Hinterlegung ordnet § 1220, die Anlegung einer vor Fälligkeit der Pfandforderung eingezogenen Geldsumme § 1221, die Erstreckung des Pfandrechts auf Zinsen der verpfändeten Forderung § 1222. Die Vereinigung der Letzteren mit der Verbindlichkeit in einer Person wirkt nicht gegen den Pfandgläubiger (§ 1223). Zur Begründung des Pfandrechts an einem Wechsel und anderen durch Indossament übertragbaren Papieren ist Uebergabe des indossirten Papiers erforderlich (§ 1225). Inhaberpapiere werden bezüglich des Pfandrechts als bewegliche Sachen behandelt, mit Erleichterung des Verkaufs, wenn sie Börsen- oder Marktpreis haben, und der Berechtigung und Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Einziehung fälliger Leistungen aus dem Papier (§ 1226).

Familienrecht.

Das dem Familienrecht gewidmete vierte Buch des Entwurfs behandelt im ersten Abschnitte die Ehe, im zweiten die „Verwandtschaft“, im dritten die Vormundschaft. Im ersten Titel des ersten Abschnitts unter der Aufschrift „Eingehung der Ehe“ enthalten die §§ 1227—30 Vorschriften über das Verlöbniß, die §§ 1231—44 über die Ehehindernisse, die §§ 1245—49 über die Eheschließung und die §§ 1250—71 über die Ungültigkeit der Ehe. Die Bestimmungen über Auflösung der Ehe sind im fünften Titel an den Schluß des Abschnitts gestellt (§§ 1440—65), während die übrigen Titel von den güterrechtlichen Verhältnissen der Ehegatten handeln.

Das Verlöbniß begründet keine „Verbindlichkeit“ zur Schließung der Ehe (§ 1227), aber der ungerechtfertigte Rücktritt und ein den Rücktritt des anderen Theils rechtfertigendes Verschulden begründen den Anspruch auf Ersatz des Schadens, welcher dadurch entstanden ist,

daß der andere Theil in Erwartung der Eheschließung Aufwendungen gemacht, Verbindlichkeiten übernommen oder sonstige vermögensrechtliche Verfügungen getroffen hat (§ 1228). Geschenke unter Verlobten gelten im Zweifel als unter Voraussetzung der Eheschließung gegeben (§ 1229). Die Ansprüche aus dem Verlöbniß verjähren mit Ablauf eines Jahres nach Aufhebung desselben (§ 1230).

In den Bestimmungen über Ehehindernisse und Eheschließung steht der Entwurf durchweg auf dem Boden des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875; aber die Fassung ist völlig verändert durch die bekannten Eigenheiten schematischer Gliederung und abstrakter Ausdrucksweise. Die einzelnen Vorschriften sind auf das System der Ungültigkeit dadurch zugeschnitten, daß paragraphenweise unterschieden wird, ob die Ehe nicht geschlossen werden „kann" oder „darf," ob sie „nur" geschlossen werden „kann" oder in bestimmter Weise geschlossen werden „soll;" die erste Seite beider Gegensätze bezeichnet die Nichtigkeit, die andere im ersten Falle die Anfechtbarkeit der dennoch eingegangenen Ehe, im zweiten Falle nicht einmal diese. So steht die Vorschrift des § 1231: „eine geschäftsunfähige (d. h. nach § 64 eine im Kindesalter unter sieben Jahren stehende und eine des Vernunftgebrauchs beraubte) Person kann eine Ehe nicht schließen" einerseits im Gegensatz zu § 1232, nach welchem die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person, d. h. nach § 65 der Minderjährige über sieben Jahren und nach § 70 der Entmündigte, zur Eheschließung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf, andererseits zu der Vorschrift des § 1233 über das Erforderniß der Ehemündigkeit; diese entspricht dem § 28 des Reichsgesetzes, nur mit dem Zusatze, daß durch Volljährigkeitserklärung (welche nach § 27 mit zurückgelegtem achtzehntem Jahre zulässig ist) Ehemündigkeit nicht begründet wird. Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters kann nach § 1232 Abs. 2 durch das Vormundschaftsgericht ergänzt werden; dies trifft jedoch nach Abs. 3 nicht die in § 1238 besonders geordnete Einwilligung der Eltern. Diese ist für beide Geschlechter bis zum vollendeten fünfundzwanzigsten Jahre und auch für uneheliche Kinder erforderlich, das Kind hat jedoch einen „Anspruch" auf Ertheilung der elterlichen Einwilligung, wenn nicht „ein wichtiger, nach den Umständen des Falles die Verweigerung rechtfertigender Grund vorliegt." Die von dem großjährigen Kinde ohne elterliche Einwilligung geschlossene Ehe behandelt jedoch der Entwurf weder als nichtig noch als anfechtbar, nur ist daran in § 1536 die Fortdauer der sonst mit Schließung der Ehe

beendigten elterlichen Nutznießung geknüpft, und nach § 1011 Nr. 7 ist sie ein Grund zur Entziehung des Pflichttheils.

Die Ehe „kann" nach § 1245 nur von einem Standesbeamten und „soll" nach § 1246 vor dem zuständigen Standesbeamten geschlossen werden. Die Unzuständigkeit des Standesbeamten macht die Ehe weder nichtig noch anfechtbar; die ohnehin kaum zu ziehende Folgerung, daß ein Standesbeamter eine Ehe auch außerhalb seines Amtsbezirks oder seine eigene Ehe gültig schließen könnte, wird durch § 1245 Abs. 2 ausdrücklich damit ausgeschlossen, daß er in diesen Fällen „nicht als Standesbeamter gilt." — Mit der gleichen Unterscheidung ist nach § 1248 „zur Eheschließung erforderlich, daß die Verlobten vor dem Standesbeamten bei gleichzeitiger Anwesenheit persönlich und in Gegenwart von zwei Zeugen den Willen der Eheschließung erklären und daß hierauf vom Standesbeamten die Ehe für geschlossen erklärt wird," während nach § 1249 der Standesbeamte Frage und Erklärung in den gesetzlichen Worten an die Verlobten nur richten „soll."

Nichtig ist nach § 1250 die Ehe „nur dann," wenn sie entweder nicht in der durch die §§ 1245 und 1248 vorgeschriebenen Form geschlossen ist oder einer der Eheschließenden geschäftsunfähig war oder die Ehe gegen eines der Verbote der §§ 1234 (Bigamie) und 1236 (Verbot der Ehe zwischen Verwandten und Verschwägerten in gerader Linie und zwischen Geschwistern) verstößt. Die Nichtigkeit ist jedoch in jedem dieser Fälle von verschiedener rechtlicher Bedeutung. Nur bei der Nichtigkeit wegen Mangels der Form macht der Entwurf mit dem Grundsatz des § 108 Ernst, daß „ein nichtiges Rechtsgeschäft in Ansehung der gewollten rechtlichen Folgen so angesehen wird, als ob es nicht vorgenommen wäre" (§ 1252 Abs. 2). In jedem anderen Falle ist (nach Abs. 1) „eine nichtige Ehe so lange als gültig anzusehen, bis sie aufgelöst oder für ungültig erklärt ist" und zwar auf erhobene Nichtigkeitsklage (§ 1253), welche sowohl von einem der Ehegatten, als von dem Staatsawalte und von jedem Dritten erhoben werden kann, dem „im Falle der Nichtigkeit der Ehe ein Anspruch zusteht oder im Falle der Gültigleit derselben eine Verbindlichkeit obliegt." Endlich wird (§ 1251) die wegen Geschäftsunfähigkeit nichtige Ehe sogar gültig, wenn der Geschäfsunfähige nach erlangter Geschäftsfähigkeit und bevor die Ehe aufgelöst oder für ungültig erklärt ist, die Eheschließung gegenüber dem anderen Theile genehmigt; sie unterscheidet sich also von der bloß anfechtbaren Ehe nur dadurch, daß in

der Zwischenzeit ihr Bestand auch von dem anderen Theile, dem Staatsanwalt und einem Dritten, wie von dem gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen (§ 1254) in Frage gestellt werden kann, während hinterher die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Eheschließung zurückwirkt (§ 1251 Abs. 2), so daß diese Ehe zu derselben Zeit je nachdem nichtig und gültig ist. So sehr nun der Entwurf die zur Gültigkeit der Ehe vorgeschriebenen Formen beschränkt hat, ergiebt sich doch aus § 1252 die Folge, daß jeder Ehegatte die Ehe ohne Weiteres als „nicht geschlossen" behandeln kann, wenn bei der Eheschließung nur ein Zeuge zugegen war, während die Ehe zwischen Vater und Tochter, Bruder und Schwester solange als gültig anzusehen ist, bis sie auf Nichtigkeitsklage für ungültig erklärt ist. Diese Konsequenz wird denn auch weiter festgehalten bei Bestimmung der Wirkungen einer nichtigen Ehe zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten (§ 1257) und des gutgläubigen Ehegatten (§ 1258); übrigens wirkt das bei Lebzeiten beider Ehegatten rechtskräftig gewordene Nichtigkeitsurtheil für und gegen Alle (§ 1256).

Anfechtbar ist die Ehe (§ 1259) nur wegen Mangels der Einwilligung in Folge von Drohung, Betrug, Irrthum, wegen Mangels der Ehemündigkeit und der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Eheschließenden. Der Irrthum als solcher ist Anfechtungsgrund nur, wenn einer der Eheschließenden den Willen nicht hatte, eine Ehe überhaupt oder mit dem andern Theile zu schließen; jedoch gilt als Betrug auch schon das bloße Verschweigen solcher persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche den andern Theil „bei verständiger Würdigung des Zweckes der Ehe von der Eheschließung abhalten mußten und von welchen zugleich vorauszusehen war, daß sie ihn, wenn er sie gekannt hätte, abgehalten haben würden." Zur Anfechtung ist (§ 1261) nur derjenige Ehegatte berechtigt, auf dessen Seite der Mangel bestand. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn die Ehe bereits, außer durch den Tod des nicht anfechtungsberechtigten Ehegatten aufgelöst ist (§ 1262). Die Ehe wird unanfechtbar durch die Genehmigung des Anfechtungsberechtigten nach Beendigung der Zwangslage Entdeckung des Betrugs oder Irrthums, und erlangter Ehemündigkeit bezw. Geschäftsfähigkeit, in den beiden letzten Fällen auch durch nachträgliche Dispensation bezw. Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 1263), ferner mit Ablauf von sechs Monaten nach Hebung des Mangels (§ 1264). Die Anfechtung erfolgt nach dem

Tode des nicht anfechtungsberechtigten Ehegatten durch Erklärung vor dem Nachlaßgerichte, sonst nur durch Erhebung der Anfechtungsklage (§ 1266); über die Rechtskraft des Urtheils und die Wirkungen der für ungültig erklärten Ehe zu Gunsten des gutgläubigen Dritten und Ehegatten (welchem auch der wegen Drohung Anfechtungsberechtigte gleichsteht) gilt das Entsprechende wie bei der Nichtigkeitsklage (§§ 1269—70); dagegen kann die Anfechtung nicht durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen (§ 1265).

Die Auflösung der Ehe vor dem Tode oder der Todeserklärung eines der Ehegatten erfolgt nur durch gerichtliche Scheidung; auf beständige Trennung von Tisch und Bett kann nicht erkannt werden (§ 1440). Durch die nach der Todeserklärung eines Ehegatten von dem andern gutgläubig geschlossene neue Ehe wird, wenn der für todt erklärte Ehegatte noch lebt, die Ehe mit diesem von Rechtswegen aufgelöst (§ 1464). — Der Entwurf kennt nur drei unbedingte Ehescheidungsgründe: Ehebruch mit den diesem gleichgestellten Verbrechen gegen die §§ 171 und 175 des Strafgesetzbuch (§ 1441), Lebensnachstellung (§ 1442) und bösliche Verlassung (§ 1443). Die Scheidung wegen Ehebruchs ist nur ausgeschlossen, wenn der andere Ehegatte demselben zugestimmt oder der Theilnahme an dem gleichstehenden Verbrechen sich schuldig gemacht hat (§ 1441 Abs. 2), also nicht wegen s. g. Kompensation. Die Scheidung wegen böslicher Verlassung setzt in der Regel rechtskräftige Verurtheilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft und hiernach den Ablauf eines Jahres voraus, ohne daß dem Urtheile Folge geleistet ist (§ 1443 Abs. 2). Nur gegenüber einem Ehegatten, gegen welchen seit einem Jahre die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung vorliegen, ist die Scheidung ohne Weiteres auszusprechen, wenn derselbe in der Absicht den andern Ehegatten böslich zu verlassen, wider dessen Willen die häusliche Gemeinschaft aufgegeben oder herzustellen unterlassen hat (Abs. 3). Statt aller anderen besonderen Ehescheidungsgründe giebt § 1444 dem Richter die allgemeine Anweisung, wegen „schwerer Verletzung der ehelichen Pflichten,“ insbesondere schwerer Mißhandlung, oder „ehrlosen und unsittlichen Verhaltens, insbesondere eines nach Schließung der Ehe begangenen entehrenden Verbrechens oder Vergehens,“ durch welche Verletzung oder Verhalten „eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Lebens verschuldet worden, daß dem andern Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemuthet werden kann,“ die Ehescheidung auszusprechen „wenn nach den Umständen des Falles die Aussicht auf Her-

stellung des ehelichen Verhältnisses ausgeschlossen ist," sonst aber die Trennung von Tisch und Bett auf bestimmte Zeit, aber nicht länger als zwei Jahre anzuordnen. Nach Ablauf der bestimmten Trennungszeit kann der Ehegatte, welcher das Urtheil erwirkt hatte, auf Grund desselben mit neuer Klage die Scheidung verlangen; der Anspruch wird jedoch durch rechtskräftige Verurtheilung zur Herstellung des ehelichen Lebens ausgeschlossen (§ 1445), er muß also spätestens der darauf erhobenen Klage des ursprünglich schuldigen Ehegatten gegenüber widerklagend geltend gemacht werden. — Die §§ 1446, 47 ordnen die der Ehescheidungsklage entgegenstehenden Einreden der Verzeihung und Verjährung; letztere tritt mit Ablauf von sechs Monaten seit der Kenntniß des Ehescheidungsgrundes (ausgenommen die bösliche Verlassung) spätestens aber mit Ablauf von dreißig Jahren seit der den Ehescheidungsgrund bildenden Handlung ein. Nach § 1449 hat jedes Scheidungs- oder Trennungsurtheil den schuldigen Theil zu bezeichnen oder beide Theile für schuldig zu erklären; letzteres kann auch wegen eines für den Beklagten bestehenden aber nicht widerklagend geltend gemachten Scheidungsgrundes und einer durch Verjährung ausgeschlossenen Handlung geschehen (§ 1449), die übrigens auch wie im geltenden Rechte in Verbindung mit einer noch nicht ausgeschlossenen zur Begründung der Klage geltend gemacht werden kann (§ 1448). Dem allein schuldigen Theile gegenüber können die ihm von dem anderen Theile während des Braut- oder Ehestandes gemachten Schenkungen widerrufen werden, jedoch nur bei Lebzeiten des Schenkers und nur binnen eines Jahres von Rechtskraft des Scheidungsurtheils an (§ 1453); auch hat der schuldige Theil dem andern nach Bedürfniß, aber nur bis zum Eingehen einer neuen Ehe Unterhalt zu gewähren (§ 1454); andere Ehescheidungsstrafen kennt der Entwurf nicht. Die Sorge für die Kinder steht nach § 1456 dem nicht schuldigen Theile, bei gleicher Schuld in Ansehung der Töchter schlechthin und der Söhne bis zu vollendetem sechstem Lebensjahre der Mutter, für die späteren Lebensjahre der Söhne dem Vater zu; jedoch kann das Vormundschaftsgericht andere Anordnungen treffen und die getroffenen aufheben oder ändern „wenn dies durch besondere Umstände im Interesse des Kindes geboten scheint." § 1458 bestimmt über den Beitrag zum Unterhalt der Kinder Seitens der Ehefrau. Die §§ 1459—62 enthalten Bestimmungen für die Zeit einer gerichtlich ausgesprochenen Trennung und die Zeit des Rechtsstreits über die Scheidung oder Trennung.

Der Entwurf des Einführungsgesetzes enthält eine Reihe von Abänderungen und Ergänzungen der Civilprozeßordnung in den Vorschriften über Ehesachen, um diese den Bestimmungen des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch über Nichtigkeit und Scheidung theils redactionell (z. B. durch Ersetzung der „Klage auf Ungültigkeit" durch „Anfechtungsklage") theils sachlich anzupassen. Bemerkenswerth sind die Bestimmungen eines § 575a, daß die Anfechtungsklage zu jeder Zeit auch ohne Bewilligung des Beklagten zurückgenommen werden kann; eines § 584a „stirbt einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Endurtheils, so ist der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen," eines § 589a, nach welchem bei der Nichtigkeitsklage das Versäumnißurtheil gegen den nicht erschienenen Kläger dahin zu erlassen ist, daß die Klage als zurückgenommen gelte (um zu verhüten, daß eine spätere Klage auf Grund derselben Thatsachen durch Rechtskraft des Urtheils ausgeschlossen werde), endlich eines § 591a, welcher eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe anerkennt, wenn die Nichtigkeit wegen Formmangels von einem Theil behauptet wird. — In diesen Zusammenhang gehört auch die Bestimmung der §§ 1254, 1267, 1451, daß in Ansehung des Rechtsstreits über Nichtigkeit, Anfechtung, Scheidung oder Trennung der Ehe der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte prozeßfähig ist; das gleiche bestimmt § 1276 für den Rechtsstreit auf Herstellung des ehelichen Lebens.

In der ehelichen Lebensgemeinschaft hat der Entwurf die Unterordnung der Frau bis zu einem Schatten verflüchtigt: sie ist (§ 1273 Abs. 2) nicht verpflichtet, der (in Abs. 1 dem Ehemann zugesprochenen Entscheidung in gemeinschaftlichen Angelegenheiten Folge zu leisten „wenn die Entscheidung sich als ein mit der rechten ehelichen Gesinnung nicht vereinbarer Mißbrauch des Rechtes des Ehemannes darstellt." Versagt in dieser Meinung die Frau den Gehorsam, so hat dagegen nach dem Zusammenhange der Ehemann nur die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (§ 1276). Von den noch bestehenden Beschränkungen der eheweiblichen Handlungsfähigkeit läßt der Entwurf nur übrig, daß (§ 1277 Abs. 1) die Ehefrau zu einem Rechtsgeschäft, durch welches sie zu einer in Person zu bewirkenden Leistung sich verpflichtet, der Einwilligung des Ehemanns bedarf, und dieser (Abs. 2) das ohne seine Einwilligung eingegangene Rechtsgeschäft anfechten kann, mit der Wirkung, daß (Abs. 3) dasselbe für die Zukunft aufgehoben wird und eine rückständige Leistung von der

Ehefrau in Person nicht verlangt werden kann. Ueber den Fall, daß die Ehefrau darauf beharrt, die übernommene Verpflichtung in Person zu erfüllen, schweigt der Entwurf und es kann wieder nur aus dem Zusammenhange gefolgert werden, daß der Ehemann dagegen kein Mittel hat als die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Andererseits ist die Ehefrau berechtigt, innerhalb des ihr durch § 1275 Abs. 1 angewiesenen häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Ehemannes für diesen zu besorgen und denselben zu vertreten (§ 1278 Abs. 1) und ein von ihr innerhalb dieses Kreises vorgenommenes Rechtsgeschäft gilt als im Namen des Ehemannes vorgenommen, „sofern nicht die Umstände ergeben, daß dasselbe nach dem Willen der Handelnden nicht im Namen des Ehemanns vorgenommen werden sollte" (Abs. 2). Eine Beschränkung oder Entziehung dieses Rechts ist gegen Dritte nur wirksam, wenn sie in das für die Veröffentlichung von Abweichungen von dem gesetzlichen Güterrechte bestimmte Register (s. u.) eingetragen ist (Abs. 4), und wenn sie sich „als ein Mißbrauch des Rechts des Ehemannes darstellt," steht der Ehefrau dagegen die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu (Abs. 3). — Die §§ 1280/81 ordnen die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten; über ihre vermögensrechtlichen Beziehungen im Allgemeinen bestimmt § 1279, daß sie gegen einander nur zur Anwendung derjenigen Sorgfalt verpflichtet sind, welche jeder in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, und § 1282 spricht die Vermuthung aus, daß die in Inhabung des Ehemanns oder der Ehefrau oder beider Ehegatten befindlichen Sachen dem Ehemann gehören, mit Ausnahme der ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Ehefrau bestimmten Sachen — ohne daß der Gegenbeweis gegen diese Vermuthung irgendwie beschränkt wäre, aber auch unbeschadet der weitergehenden Vorschrift des § 37 der Konkursordnung.

Bei der Ordnung des ehelichen Güterrechts ist der Entwurf in der Weise vorgegangen, daß im zweiten Unterabschnitt des zweiten Titels (§§ 1283—1332) dasjenige Verhältniß unter den Ehegatten dargestellt wird, welches in Ermangelung besonderer Vereinbarung mit der Eheschließung kraft Gesetzes eintritt (gesetzlicher Güterstand). Im dritten Titel unter der Aufschrift „Eheverträge" sind dann die möglichen vertragsmäßigen Abweichungen behandelt; und zwar können nach § 1333 die Ehegatten durch einen Ehevertrag, welcher (Abs. 2) vor und nach Eingehung der Ehe geschlossen werden kann, nicht nur den gesetzlichen Güterstand im Einzelnen ändern, sondern auch ihn ganz

ausschließen und an seiner Stelle die Geltung eines der anderen im dritten Titel besonders geordneten Gütersysteme vereinbaren. Außerdem kann, wenn der Ehemann zur Zeit der Schließung des Ehevertrags, oder falls dieser vor Eingehung der Ehe geschlossen wird, zur Zeit der Eingehung der Ehe seinen Wohnsitz im Auslande hat, ein durch das Recht dieses Ortes geregelter Güterstand vereinbart werden (§ 1334 Abs. 2); im Uebrigen aber ist die Bezugnahme auf ein ausländisches und auf ein nicht mehr geltendes Recht ausgeschlossen (Abs. 1). Letztere Bestimmung trifft hauptsächlich das reine römische Dotalsystem, welches der Entwurf mit dem ihm nächststehenden Systeme der sogenannten Verwaltungsgemeinschaft zum gesetzlichen Güterstande verschmolzen hat. Den Vorzug, welchen der Entwurf diesem System gegeben hat, begründen die Motive damit, daß es abgesehen von der völligen Trennung der Güter (§§ 1338—40), welche als einfache Ausschließung des gesetzlichen Güterstandes behandelt wird, der Ehe den geringsten Einfluß auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten einräumt. Als Abweichung nach der anderen Seite blieb hiernach von den im geltenden Rechte vorwaltenden Systemen nur die Gütergemeinschaft in ihren drei Abstufungen übrig, und zwar hat von diesen der Entwurf die weitestgehende allgemeine Gütergemeinschaft (§§ 1341—1409) an die Spitze gestellt, dann unter Bezugnahme auf diese die bloße Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1410 bis 1430) geordnet, so daß für die zwischen beiden stehende Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft (§§ 1431 bis 1434) wenige besondere Vorschriften ausreichten.

Der Ehevertrag bestimmt jedoch das güterrechtliche Verhältniß nicht ein für allemal, vielmehr gestattet § 1333 ausdrücklich, auch nach erfolgter Ausschließung oder Aenderung durch neuen Ehevertrag den gesetzlichen Güterstand wiederherzustellen und ebenso den durch Vertrag begründeten Güterstand wieder zu ändern. Um so nothwendiger aber wurde es, Vorsorge zu treffen, daß für den Dritten jederzeit über das güterrechtliche Verhältniß der Ehegatten volle Klarheit bestehe. So ist nicht nur für den Ehevertrag (§ 1335) die gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben, sondern auch die Wirksamkeit jeder durch Ehevertrag begründeten ursprünglichen Abweichung vom gesetzlichen Güterstande und späteren Aenderung des Güterstandes gegenüber einem Dritten in Ansehung eines rechtsgeschäftlichen Verhältnisses desselben zu einem der Ehegatten (§ 1336) dadurch bedingt, daß sie entweder dem Dritten bekannt war oder

bekannt sein mußte, oder daß sie durch Eintragung in das eherechtliche Register veröffentlicht war, dessen Einrichtung im vierten Titel (§§ 1435—1439) geordnet ist. Hiernach ist dieses Register von jedem Amtsgericht zu führen (§ 1435 Abs. 1), es ist öffentlich und Jedem die Einsicht desselben und die Entnahme von Abschriften der Eintragungen gestattet, die auf Verlangen zu beglaubigen sind (Abs. 2). Jede Eintragung muß in das Register des Amtsgerichts bewirkt werden, in dessen Bezirk der Ehemann seinen Wohnsitz hat und bei Verlegung des Wohnsitzes binnen sechs Wochen auch in das Register des für diesen zuständigen Amtsgerichts, widrigenfalls die frühere Eintragung ihre Wirkung verliert (§ 1436). Der Dritte, welcher mit einem Ehegatten in rechtsgeschäftliche Verbindung tritt, hat sich also nur zu vergewissern, ob die Ehegatten ihren zeitigen Wohnsitz länger als sechs Wochen haben und ob in dem eherechtlichen Register des zuständigen Amtsgerichts eine Eintragung sich findet; wenn nicht, so gilt ihm gegenüber schlechthin der gesetzliche Güterstand. Außerdem soll jede Eintragung von Amtswegen unverzüglich durch Einrückung in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Amtsgerichts bestimmte Blatt bekannt gemacht werden (§ 1439), ohne daß jedoch dadurch die Wirkung der Eintragung bedingt ist. Die §§ 1437 bis 38 bestimmen über die Erfordernisse des Antrages zur Eintragung und die gegenseitige Verpflichtung der Ehegatten zu dem Antrage mitzuwirken, sofern dies erforderlich ist.

Im gesetzlichen Güterstande bleibt das Vermögen des Ehemannes von der Ehe unberührt; das von der Ehefrau eingebrachte oder während der Ehe erworbene Vermögen unterliegt als Ehegut der Nutznießung und Verwaltung des Ehemannes (§ 1283), sofern es nicht durch Ehevertrag (§ 1286) oder durch Bestimmung des Dritten, von welchem das Gut der Ehefrau anfällt oder zugewendet wird (§ 1287) zum Vorbehaltsgute erklärt ist. Außerdem gehören nach gesetzlicher Bestimmung zum Vorbehaltsgute 1. die Gegenstände, welche die Ehefrau ohne Einwilligung des Ehemanns durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden erwirbt, sofern der Ehemann das Rechtsgeschäft zu genehmigen verweigert (§ 1288), 2. die Gegenstände, welche die Ehefrau durch ihre Arbeit außerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises und des Geschäfts ihres Ehemannes, oder welche sie durch den selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt (§ 1289), 3. die Gegenstände, welche die Ehefrau auf Grund eines zum Vorbehaltsgute gehörenden Rechts oder darauf bezüglichen

Rechtsgeschäfts oder als Ersatz für Vorbehaltsgut erwirbt (§ 1290). In allen Fällen kann jedoch die Eigenschaft des Vorbehaltsguts gegen Dritte nur durch Eintragung in das eherechtliche Register gesichert werden (§ 1291). — Das Rechtsverhältniß der Ehegatten bezüglich des Vorbehaltsgutes ist dem bei gänzlicher Gütertrennung bestehenden gleich. Für beide gilt die Bestimmung des § 1340, daß wenn die Ehefrau die Verwaltung ihres Vermögens oder eines Theiles desselben dem Ehemanne ohne ausdrückliche Bestimmung über die Einkünfte überlassen hat, diese vom Ehemanne nach freiem Ermessen verwendet werden können, soweit er nicht wie ein ordentlicher Hausvater daraus die Verwaltungskosten und sonstige Lasten des Vermögens zu bestreiten hat. Nur für die gänzliche Gütertrennung gilt der § 1339, welcher dem Ehemanne einen stark verklausulirten Anspruch auf einen angemessenen Beitrag „zur Bestreitung des Unterhalts beider Ehegatten und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge" zuerkennt.

Von der Nutznießung des Ehemannes am Ehegut ausgeschlossen sind die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Ehefrau bestimmten Gegenstände, insbesondere Kleidung und Schmuck (§ 1285). Der Umfang der Nutznießung bestimmt sich im Allgemeinen nach den Vorschriften über den Nießbrauch (§ 1292); abweichende Bestimmungen im Verhältnisse der Ehegatten zu einander enthalten die §§ 1294—97, der letztere über die von dem Ehemanne aus den Einkünften zu tragenden Lasten. Nach § 1298 sind die ehelichen Nutznießungsrechte unveräußerlich und der Pfändung nicht unterworfen, und letzteres gilt nach § 1299 Abs. 1 auch von den auf Grund der Nutznießung vom Ehemanne erworbenen Früchten, insoweit als er derselben bedarf, um neben den von ihm zu tragenden Lasten den Unterhalt der Ehefrau, den eigenen standesgemäßen Unterhalt und den ihm gesetzlich obliegenden Unterhalt seiner Verwandten zu bestreiten.

Zur Sicherung des Nutznießungsrechts gegen Verfügungen der Ehefrau bestimmt § 1300, daß dingliche Rechtsgeschäfte derselben zur Veräußerung oder Belastung von Ehegut zu ihrer Wirksamkeit schlechthin der Einwilligung des Ehemanns bedürfen, die indeß bei Verträgen auch durch Genehmigung ersetzt werden kann; den Mangel dieses Erfordernisses kann also auch die Ehefrau geltend machen. Dagegen ist die Wirksamkeit der von der Ehefrau eingegangenen Verbindlichkeiten nur dem Ehemanne gegenüber in Ansehung des Ehegutes an dessen Einwilligung bezw. Genehmigung gebunden (§ 1301). Im Uebrigen sind nach § 1311 alle Verbindlichkeiten der Ehefrau mit den

in den §§ 1312/13 bestimmten Ausnahmen derart Ehegutsverbindlichkeiten, daß die Gläubiger ihre Befriedigung aus dem Ehegute ohne Rücksicht auf die eheliche Nutznießung und Verwaltung verlangen können und sie fallen nach § 1316 mit den dort bestimmten Ausnahmen (insbesondere für Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen) auch im Verhältnisse der Ehegatten zu einander dem Ehegute zur Last. Zur Erhebung eines Rechtsstreits, in welchem ein Ehegutsrecht geltend gemacht wird, ist die Ehefrau nur mit Einwilligung oder Genehmigung des Ehemannes berechtigt (§ 1302), und zwar ist, nach den Motiven (IV S. 232) die ohne Einwilligung klagende Ehefrau ihrer Prozeßfähigkeit ungeachtet von Amtswegen mit der Klage abzuweisen. Zur Führung jedes anderen Rechtsstreites bedarf sie der Einwilligung nicht (§ 1303), in dem einen wie in dem andern Falle ist jedoch das in einem ohne Einwilligung oder Genehmigung des Ehemannes geführten Prozesse zum Nachtheil der Ehefrau erlassene Urtheil in Ansehung des Ehegutes gegenüber dem Ehemanne unwirksam. Einseitige Rechtsgeschäfte eines Dritten (Kündigung, Mahnung u. dgl.) in Beziehung auf ein Ehegutsrecht sind dem Ehemanne gegenüber vorzunehmen, in Beziehung auf eine Ehegutsverbindlichkeit gegenüber der Ehefrau und um in Ansehung des Eheguts gegen den Ehemann wirksam zu sein, auch diesem gegenüber. Die §§ 1306 bis 1309 bestimmen, in welchen besonderen Fällen die Einwilligung des Ehemannes nicht erforderlich und gleichwohl nach § 1310 das Rechtsgeschäft oder Urtheil dem Ehemanne gegenüber in Ansehung des Eheguts wirksam ist; insbesondere gilt dies nach § 1307 für die Handlungen der Ehefrau im selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts mit Einwilligung oder Wissen des Ehemannes. Die Zwangsvollstreckung gegen das Ehegut findet nur statt auf Grund einer besonderen Verurtheilung des Ehemannes zur Gestattung derselben (§ 1314), welcher jedoch ein anderer vollstreckbarer Titel gleichsteht. — Das Verwaltungsrecht des Ehemannes am Ehegute erstreckt sich auf dessen ordnungsmäßige Verwaltung und begründet zugleich die Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen (§ 1317). Kraft dieses Rechtes ist der Ehemann befugt, im Namen der Ehefrau und ohne deren vorherige Zuziehung aus dem Ehegute Ehegutsverbindlichkeiten zu erfüllen, jedoch ohne Verfügung über ein Recht an einem Grundstücke, aber auch durch Aufrechnung gegen eine Ehegutsforderung, endlich alle Handlungen zur Erhaltung oder Sicherung des Ehegutes vorzunehmen (§ 1318). Jedes andere Rechtsgeschäft kann nur vom Ehemanne auf

Grund einer Vollmacht der Ehefrau oder von dieser mit Einwilligung des Ehemanns vorgenommen werden, und die §§ 1319—1322 bestimmen darüber, wie jeder Theil von dem andern die entsprechende Mitwirkung verlangen kann. Aus der Verwaltung des Ehegutes entspringen für den Ehemann Verbindlichkeiten und Rechte des Beauftragten, und die hieraus erwachsenden gegenseitigen Ansprüche können schon während der Dauer des Verhältnisses geltend gemacht werden (§ 1324). — Beendigt wird die eheliche Verwaltung und Nutznießung in währender Ehe durch dahin gerichteten Ehevertrag, Todeserklärung des Ehemanns und Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen (§ 1327), auch kann die Ehefrau die Aufhebung verlangen wegen Verletzung der dem Ehemann obliegenden Verpflichtungen, durch welche die Rechte der Ehefrau oder ihr und der Abkömmlinge Unterhalt erheblich gefährdet werden, ferner bei andauernder Abwesenheit und Entmündigung des Ehemannes (§ 1328).

In den drei Systemen der Gütergemeinschaft sind gleicherweise die Begriffe Gesammtgut, Sondergut und Vorbehaltsgut zu unterscheiden. Das letztere entspricht genau dem Vorbehaltsgute des gesetzlichen Güterstandes, nur daß der Begriff im Systeme der Gütergemeinschaft für beide Ehegatten Anwendung findet, und demnach auch die Entstehungsgründe (§§ 1346—49, vgl. §§ 1417, 1431) auf beide Theile ausgedehnt sind mit selbstverständlicher Ausnahme des Erwerbs der Ehefrau durch ein vom Ehemanne nicht genehmigtes Rechtsgeschäft. Das Sondergut dagegen entspricht dem Ehegute des gesetzlichen Güterstandes insoweit, als der Ertrag desselben für die Zwecke der Ehe bestimmt ist und es daher für Rechnung des Gesammtgutes derart verwaltet wird, daß die Nutzungen in demselben Umfange zum Gesammtgute gehören, wie die Nutzungen des Ehegutes dem Ehemanne (§§ 1411, 1351, 1431), auch unterliegt (§§ 1417, 1351 Abs. 2, 1431) das Sondergut der Ehefrau durchweg den Vorschriften über die Nutznießung und Verwaltung des Ehegutes. In allen drei Systemen können Gegenstände in gleicher Weise zum Sondergut wie zum Vorbehaltsgut erklärt werden und entsteht Sondergut aus einem Erwerbe kraft eines Sondergutsrechts oder zum Ersatz für Sondergut; endlich sind Sondergut die einem der Ehegatten gehörenden Gegenstände, welche durch Rechtsgeschäft nicht übertragen werden können. Dazu kommt bei der auf das bewegliche Vermögen und die Errungenschaft beschränkten Gütergemeinschaft das unbewegliche Vermögen, welches jeder Ehegatte bei Eintritt in die Gemeinschaft hat

und während derselben aus einem erbrechtlichen Grunde und durch Schenkung erwirbt (§ 1432). Zum unbeweglichen Vermögen werden außer den Grundstücken mit Zubehör und den Rechten an Grundstücken (ausgenommen Hypotheken und Grundschulden) der Nießbrauch an einem solchen Recht und Forderungen auf Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken oder auf Begründung oder Uebertragung eines zum unbeweglichen Vermögen gehörenden Rechts gerechnet. Bei der bloßen Errungenschaftsgemeinschaft endlich erstreckt sich das Sondergut weiter auf das ganze Vermögen, welches ein Ehegatte bei Eingehung der Gemeinschaft hat oder während des Bestehens derselben aus einem erbrechtlichen Grunde oder durch Schenkung erwirbt (§§ 1411—12). Gesammtgut endlich ist alles Vermögen beider Ehegatten, welches nicht erweislich Sonder- oder Vorbehaltsgut eines derselben ist (§§ 1342, 1421, 1351 Abs. 2, 1431); umgekehrt aber wird, wenn verbrauchbare Sachen nicht mehr vorhanden sind, welche erweislich zu dem Sondergute eines Ehegatten gehört haben, zu dessen Gunsten vermuthet, daß sie in das Gesammtgut verwendet und dieses um deren Werth bereichert ist (§ 1421 Abs. 2), in welchem Falle wie auch im umgekehrten aus dem bereicherten Gute dem andern Gute Ersatz zu leisten ist (§§ 1420, 1351 Abs. 2, 1431). Auf Verlangen jedes Ehegatten ist der Stand des Sondergutes durch Aufnahme eines Verzeichnisses festzustellen und dieses öffentlich zu beglaubigen (§ 1422). — Abgesehen von dem Umfange des Sondergutes unterscheidet sich die Mobiliargemeinschaft von der allgemeinen Gütergemeinschaft nur dadurch, daß für jene die Bestimmungen über gütergemeinschaftliche Erbfolge und fortgesetzte Gütergemeinschaft (§§ 1382—1409) nicht gelten; die Errungenschaftsgemeinschaft weiter auch durch eine verschiedene Abgrenzung der Gesammtgutsverbindlichkeiten, insoweit dafür die Gläubiger Befriedigung aus dem Gesammtgute verlangen können (§§ 1362, 1423), wie auch im Verhältnisse der Ehegatten zu einander (§§ 1367, 1426); in jener Beziehung besteht der Unterschied darin, daß bei der allgemeinen Gütergemeinschaft nur die ausdrücklich ausgenommenen Verbindlichkeiten der Ehefrau nicht, bei der Errungenschaftsgemeinschaft nur die ausdrücklich aufgeführten Verbindlichkeiten der Ehefrau Gesammtgutsverbindlichkeiten sind, während zu diesen in beiden Fällen alle Verbindlichkeiten des Ehemannes gehören. Das Gesammtgut (und für dessen Rechnung auch das Sondergut) unterliegt in allen drei Systemen der Verwaltung des Ehemannes, welcher mit bestimmten Ausnahmen berechtigt ist, über die zu dem Gesammtgute

gehörenden Gegenstände zu verfügen und jeden darauf bezüglichen Rechtsstreit zu führen (§ 1352), ohne daß jedoch die Ehefrau durch seine Handlungen irgendwie persönlich verpflichtet würde. Zur Veräußerung oder Belastung des Gesammtguts im Ganzen oder zu einem Bruchtheil, sowie eines Gesammtgutsgrundstücks, zur Eingehung einer auf solche Veräußerung oder Belastung gerichteten Verbindlichkeit und zu einer Schenkung aus dem Gesammtgute, die nicht sittliche oder Anstandspflicht ist, bedarf der Ehemann der Einwilligung oder Genehmigung der Ehefrau (§ 1353). Der Ehefrau stehen Verfügungen über das Gesammtgut nur zu, wenn der Ehemann durch Abwesenheit oder Krankheit verhindert und Gefahr im Verzuge ist (§ 1358), außerdem ist sie in Ansehung eines von ihr selbstständig geführten Erwerbsgeschäfts wie die Ehefrau im gesetzlichen Güterstande gestellt (§ 1356). Der Ehemann haftet auch für die von der Frau eingegangenen Gesammtgutsverbindlichkeiten persönlich (§ 1359) und ein gegen ihn vollstreckbarer Titel ist zur Zwangsvollstreckung gegen das Gesammtgut erforderlich und genügend (§ 1360). Im Konkurs über das Vermögen des Ehemannes gehört das Gesammtgut zur Konkursmasse ohne Auseinandersetzungs- oder Absonderungsrecht der Ehefrau, während von dem Konkurs über das Vermögen der letzteren das Gesammtgut nicht berührt wird (§ 1361). — Allen Arten der Gütergemeinschaft sind weiter gemeinsam die Bestimmungen des § 1343, daß die Vereinigung des beiderseitigen in die Gemeinschaft fallenden Vermögenskraft des Gesetzes eintritt, ohne daß es einer Uebertragung und Eintragung im Grundbuche bedarf, des § 1344, daß die zum Gesammtgut gehörenden Gegenstände den Ehegatten nicht nach Bruchtheilen zustehen und Gesammtgutsforderungen nicht als Gesammtschuldverhältnisse behandelt werden, des § 1345, daß der Antheil eines Ehegatten an dem Gesammtgute und dessen Bestandtheilen nicht veräußert oder belastet werden kann und keiner der Ehegatten die Theilung in währender Gemeinschaft verlangen kann, endlich die Bestimmungen der §§ 1371—1381 über die Auflösung und Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft, zu welchen jedoch die §§ 1429 und 1430 Abweichungen und Ergänzungen für die Errungenschaftsgemeinschaft enthalten. Bei Auflösung durch Ehevertrag tritt, sofern dieser nicht ein anderes bestimmt, der gesetzliche Güterstand ein (§ 1381), bei Auflösung durch Urtheil auf Klage der Ehefrau die Gütertrennung (Abs. 2). Die Ehefrau kann diese verlangen auf Grund einer rechtswidrigen Verfügung des Ehemannes über das Gesammtgut, wenn

99*

eine erhebliche Gefährdung der Rechte der Ehefrau zu befürchten ist, auf Grund einer Verminderung des Gesammtguts in der Absicht, die Ehefrau zu benachtheiligen, auf Grund einer Verletzung der Unterhaltspflicht des Ehemannes, wenn eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts der Ehefrau und der Abkömmlinge zu besorgen ist, endlich wegen verschwenderischer Lebensweise des Ehemannes, welche die Besorgniß rechtfertigt, daß er sich oder seine Familie dem Nothstande preisgiebt (§ 1372). Auf die Bestimmungen über die gütergemeinschaftliche Erbfolge wird zweckmäßig im Erbrecht zurückzukommen sein, auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft bei dem Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

Im zweiten Abschnitte „Verwandtschaft" des vierten Buchs behandelt der erste Titel (§§ 1466—79) die eheliche Abstammung, der zweite (§§ 1480—96) die Unterhaltspflicht der Verwandten, der dritte (§§ 1497—1561) das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und ehelichen Kindern, der vierte (§§ 1562—67) das Rechtsverhältniß der Kinder aus ungültigen Ehen, der fünfte (§§ 1568—78) das Rechtsverhältniß der unehelichen Kinder, der sechste (§§ 1579—1600) deren Legitimation, der siebente (§§ 1601—31) die Annahme an Kindesstatt. — Ehelich ist jedes nach Schließung der Ehe von der Ehefrau geborene Kind, welches sie, wenn auch schon vor der Eheschließung vom Ehemann empfangen hat (§ 1466), und dies wird (§ 1468) vermuthet, wenn die Empfängnißzeit (der 181. bis einschließlich zum 300. Tage vor der Geburt § 1467) in die Zeit der Ehe auch nur zum Theil fällt. Insoweit dies der Fall ist, kann die Vermuthung nur durch den Beweis entkräftet werden, daß der Ehemann mit der Ehefrau den Beischlaf nicht vollzogen hat (§ 1469); insoweit aber die Empfängnißzeit vor die Eheschließung fällt, gilt die Vermuthung der Erzeugung durch den Ehemann nur, wenn er in dieser Zeit den Beischlaf mit der Ehefrau vollzogen hat, und dieses wird wieder vermuthet, wenn er gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes anzufechten (§ 1470). Der Ehemann kann die Ehelichkeit eines von der Ehefrau während der Ehe oder innerhalb 300 Tage nach deren Auflösung geborenen Kindes nur binnen Jahresfrist nach erhaltener Kenntniß von der Geburt (§ 1473) und so lange das Kind lebt, nur durch eine nur von ihm selbst (§ 1474) gegen dasselbe zu erhebende Klage, nach dessen Tode durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht anfechten (§ 1475); und nur wenn dies geschehen oder der Ehemann gestorben ist, ohne das An-

fechtungsrecht verloren zu haben, kann die Unehelichkeit des Kindes von Seiten Dritter geltend gemacht werden (§ 1471) und zwar, wenn der Ehemann während des Rechtsstreits über die erhobene Anfechtungsklage gestorben ist, nur durch Fortführung dieses Rechtsstreits (Abs. 2). Das Anfechtungsrecht erlischt durch Anerkennung des Kindes in ausdrücklicher Willenserkärung (§ 1472), welche nicht dem Kinde gegenüber zu erfolgen braucht, und durch Zurücknahme der Anfechtungsklage (§ 1476). Das auf die Anfechtungsklage ergangene, noch bei Lebzeiten des Ehemanns und des Kindes rechtskräftig gewordene Urtheil wirkt für und gegen Alle (§ 1477). Die vom Ehemann erklärte Anerkennung des Kindes kann nur in derselben Weise und nach Maßgabe derselben Vorschriften angefochten werden, wie die Ehelichkeit des Kindes (§ 1478). Ein von der Ehefrau innerhalb 300 Tagen nach Auflösung der Ehe und nachdem sie inzwischen eine neue Ehe geschlossen, geborenes Kind, wenn es nach den obigen Bestimmungen somit als eheliches Kind des früheren wie des späteren Ehemanns anzusehen wäre, gilt als Kind des ersteren, wenn es innerhalb 270 Tage nach Auflösung der Ehe, als Kind des letzteren, wenn es später geboren ist.

Die gesetzliche Unterhaltspflicht legt § 1480 nicht nur den Verwandten in gerader Linie, sondern auch den Geschwistern auf, doch wird sie für letztere in § 1489 auf den nothdürftigen Unterhalt beschränkt. § 1481 bestimmt die Voraussetzungen der Bedürftigkeit auf Seiten der Berechtigten, § 1482 die der Leistungsfähigkeit auf Seiten der Verpflichteten. § 1483 stellt eine Rangordnung unter mehreren Berechtigten auf, wenn der Verpflichtete nicht im Stande ist, allen Ansprüchen zu genügen, die §§ 1484—86 ordnen entsprechend die Reihenfolge, in welcher die mehreren Verpflichteten haften. In beiden Richtungen soll zunächst die Reihe der Erbfolge entscheidend sein, welche jedoch im Verhältniß der geraden Linie zu den Geschwistern dahin durchbrochen wird, daß jene in Pflicht und Recht vorgeht; auch ist in die Reihe Pflicht und Recht der Ehegatten zum gegenseitigen Unterhalt eingeschoben. § 1488 unterscheidet zwischen standesmäßigem (welcher die Regel bildet) und nothdürftigem Unterhalt; auf letzteren ist nach § 1490 der Anspruch desjenigen beschränkt, „dessen Bedürftigkeit auf eigenem sittlichen Verschulden beruht" sowie desjenigen, dem der Verpflichtete den Pflichttheil der Erbschaft zu entziehen berechtigt ist. Die §§ 1491—93 bestimmen darüber, wie der Unterhalt — in der Regel durch Geldrente — zu gewähren ist.

Im Konkurse über das Vermögen des Verpflichteten kann nur der rückständige Unterhalt geltend gemacht werden (§ 1494), für welchen indeß die Nachzahlung nach § 1492 überhaupt auf die Fälle des Verzugs und der Rechtshängigkeit beschränkt ist. — Auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch für die Zukunft kann nicht verzichtet werden (§ 1495).

Das in der Erziehungsgewalt der Eltern stehende oder in deren Haushalt unterhaltene eheliche Kind ist zum Gehorsam und zu der Lebensstellung entsprechenden Dienstleistungen verpflichtet (§§ 1498—1499). Eine dem Kinde zur Verheirathung oder Begründung eines eigenen Hausstandes zugesicherte oder gewährte, den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechende Ausstattung gilt, außer für den Umfang der Gewährleistung, nicht als Schenkung, das Versprechen ist also an keine besondere Form gebunden und das Geleistete kann nicht wegen mangelnden Verpflichtungsgrundes zurückgefordert werden. Hat aber das Kind eigenes, unter Verwaltung des gewährenden Elterntheils stehendes Vermögen, so wird vermuthet, daß die Ausstattung aus diesem gewährt sei (§ 1500).

Ueber das eheliche minderjährige Kind steht dem Vater und nach dessen Tode der Mutter die elterliche Gewalt zu (§ 1501), welche Pflicht und Recht der Sorge für Person und Vermögen des Kindes und das Recht der Nutznießung am Vermögen begründet (§ 1502). In der ersteren Beziehung deckt sich die elterliche Gewalt dem Gegenstande nach mit der Vormundschaft (§ 1648), so daß es statt der Hin- und Herverweisungen zwischen den beiden Abschnitten des Entwurfs übersichtlicher sein wird, die Uebereinstimmungs- und Trennungspunkte hier zusammenzustellen. Elterliche Gewalt und Vormundschaft umfassen die gesetzliche Vertretung des Kindes oder Mündels, erstrecken sich jedoch nicht auf solche Angelegenheiten desselben, für welche eine Pflegschaft besteht (§§ 1649—50, 1503); sie umfassen ferner die Erziehung des Kindes oder Mündels und die Aufsicht über dasselbe mit der Befugniß, angemessene Zuchtmittel anzuwenden, wobei das Vormundschaftsgericht den Berechtigten durch geeignete Zwangsmaßregeln nach verständigem Ermessen zu unterstützen hat (§ 1504, 1655), und sie begründen den Anspruch auf Herausgabe des Kindes oder Mündels bei widerrechtlicher Vorenthaltung und die Befugniß, ein flüchtiges Kind mit polizeilicher Hülfe zurückführen zu lassen (§§ 1505—1655). In welchem religiösen Bekenntnisse Kind und Mündel zu erziehen sind, bestimmt sich nach den

Landesgesetzen (§§ 1508—1650). Während des Bestehens der Ehe hat neben dem Vater auch die Mutter die Pflicht und das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, doch ohne die gesetzliche Vertretung desselben, auch ist die Stimme des Vaters entscheidend (§ 1506). Der Inhaber der elterlichen Gewalt, der nicht zugleich für sich selbst die Entlassung aus dem Staatsverbande beantragt, kann diesen Antrag für das Kind, ebenso wie der Vormund für den Mündel, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts stellen, welches über den Antrag des Vormundes auch Verwandte oder Verschwägerte des Mündels sowie diesen selbst, wenn er das achtzehnte Lebensjahr zurückgelegt hat, hören soll (§§ 1507, 1657). Durch die Pflicht und das Recht des Vormundes, für die Person des Mündels zu sorgen, wird die Pflicht und das Recht eines Elterntheils des Mündels in Ansehung dieser Sorge nicht berührt (§ 1656). Die elterliche Gewalt über eine Tochter und die Vormundschaft über eine weibliche Mündel wird in Ansehung der Sorge für ihre Person, wenn sie eine Ehe eingeht, auf die gesetzliche Vertretung in den ihre Person betreffenden Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten beschränkt (§§ 1509, 1655). Inwieweit die gesetzliche Vertretung des Kindes durch den Inhaber der elterlichen Gewalt und des Mündels durch den Vormund wegen kollidirenden Interesses ausgeschlossen ist, bestimmt § 1651 Nr. 1—3 (§ 1503); nach Nr. 4 kann insbesondere beiden diese Vertretung auch vom Vormundschaftsgerichte entzogen werden, wenn in einzelnen vom Gesetz nicht besonders vorgesehenen Angelegenheiten ein erheblicher Gegensatz der Interessen besteht.

Die elterliche Vermögensverwaltung kann für solche Gegenstände, welche das Kind aus einem erbrechtlichen Grunde oder durch Zuwendung unter Lebenden erwirbt, durch letztwillige Verfügung oder Bestimmung des Schenkers ausgeschlossen werden (§ 1510). In gleicher Weise können für die Verwaltung solcher Gegenstände durch Eltern oder Vormund Anordnungen getroffen werden, von denen, um eine Gefährdung des Interesses des Kindes oder Mündels zu verhüten mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder bei Lebzeiten des Schenkers mit dessen Zustimmung abgewichen werden kann (§§ 1660, 1503). Der Inhaber der elterlichen Gewalt so wenig als der Vormund kann für das Kind bezw. den Mündel, noch auch können diese mit Einwilligung jener andere Schenkungen machen, als solche die durch eine sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht gerechtfertigt werden (§§ 1661, 1503); auch dürfen jene Vermögensgegenstände

des Kindes oder Mündels nicht in eigenem Nutzen verwenden (§§ 1662, 1503). Die Vorschriften über die Anlegung von Geldern, welche nicht erforderlich sind, um die laufenden und andere durch die Vermögensverwaltung begründete Ausgaben zu bestreiten (pupillarische Sicherheit) gelten für den Inhaber der väterlichen Gewalt wie für den Vormund (§§ 1664, 65, 67, 1503). Eltern und Vormund bedürfen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu dinglichen und obligatorischen Rechtsgeschäften über Veräußerung und Belastung von Grundstücken (ausgenommen die Bestellung und Uebertragung von Hypotheken und Grundschulden), sowie des ganzen Kinder- oder Mündelvermögens oder eines Bruchtheils desselben (§§ 1511 Nr. 1—3 und 1574 1—3), zu Mieth- und Pachtverträgen sowie anderen über wiederkehrende Leistungen auf länger als ein Jahr nach der Großjährigkeit des Kindes oder Mündels (das. Nr. 4 bezw. 6), zur Ausstellung eines Inhaber- oder indossirbaren Papiers, zur Aufnahme von Geld auf den Credit des Kindes oder Mündels, zur Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit, zur Ertheilung einer Prokura, zum unentgeltlichen Erwerb oder zur Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts sowie zur Eingehung eines Gesellschaftsvertrages zum Betrieb eines solchen (das. Nr. 5—9 bezw. 9—12—14), der Vormund außerdem zur Auseinandersetzung über eine Erbschaft, zum entgeltlichen Erwerb eines Grundstückes oder dinglichen Rechtes oder eines Anspruchs darauf, zu einem Vergleich oder Schiedsvertrage über einen Werth von über 300 Mark und zur Aufhebung oder Minderung der für einen Anspruch des Mündels bestehenden Sicherheit (§ 1674 Nr. 4, 5, 7, 8, 13). Weder Eltern noch Vormünder können die in den §§ 1511, 1674 bezeichneten Gegenstände dem Kinde oder Mündel zum Zwecke der Erfüllung eines von diesem geschlossenen Vertrages oder zu freier Verfügung überlassen (§§ 1512, 1677). Zur Vornahme der in § 1511 Nr. 5—7, und 1674 Nr. 9—11 bezeichneten Geschäfte kann aber das Vormundschaftsgericht den Eltern und dem Vormunde eine allgemeine Ermächtigung ertheilen, jedoch soll dies nur geschehen, wenn es zum Zwecke der Vermögensverwaltung insbesondere wegen des Betriebs eines Erwerbsgeschäfts als erforderlich sich ergiebt (§ 1675, 1513). Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem bestimmten Rechtsgeschäfte kann im Voraus nur gegenüber dem Vormunde erklärt werden, das ohne dieselbe vorgenommene Rechtsgeschäft ist, wenn einseitig, nichtig, wenn ein Vertrag, nur mit nachträglicher Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirksam; das

Geschäft bleibt dem andern Vertragschließenden gegenüber in der Schwebe bis ihm der Vormund die nachträgliche Genehmigung oder die Verweigerung desselben mittheilt, oder den Vertrag für unwirksam erklärt, oder binnen einer ihm gestellten Frist von zwei Wochen die Genehmigung nicht mittheilt (§ 1681, 1514). Der Inhaber der elterlichen Gewalt und der Vormund sollen ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes oder Mündels nicht beginnen, der Vormund auch ein bestehendes Erwerbsgeschäft nicht auflösen (§§ 1515—1662). Der Inhaber der elterlichen Gewalt wie der Vormund haftet in Ansehung der Erfüllung der ihnen obliegenden Verpflichtungen für die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters; beide haben nicht rechtzeitig angelegtes oder in ihrem Nutzen verwendetes Kindes- oder Mündelvermögen zu verzinsen vorbehaltlich weiteren Schadenersatzes, und haben den Anspruch des Beauftragten auf Ersatz gemachter Aufwendungen, als welche auch ihrem eigenen Gewerbe oder Beruf angehörende Dienste gelten (§§ 1696—98, 1503); beide sind nach Beendigung ihrer Gewalt bezw. ihres Amtes verpflichtet, das verwaltete Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechnung zu legen (§§ 1700 Abs. 1, 1503), während dem Kinde wie dem Mündel der Vormundschaftsrichter wegen Verletzung seiner Amtspflichten haftet (§§ 1702, 1503).

Von der elterlichen Nutznießung frei sind die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmten Sachen (§ 1516), Gegenstände die dem Kinde mit der ausdrücklichen Bestimmung zu freiem Vermögen erbrechtlich verfallen oder sonst zugewendet sind (§ 1517), Gegenstände die es durch eigene Arbeit außerhalb des elterlichen Haushalts und durch den Betrieb eines selbstständigen Erwerbsgeschäfts erwirbt (§ 1518), sowie alles zum Ersatz für freies Vermögen oder durch Rechtsgeschäfte über dasselbe Erworbene (§ 1519). Auf die elterliche Nutznießung sind von den allgemeinen Vorschriften über den Nießbrauch nicht anwendbar die über Feststellung des Zustandes der belasteten Sache und Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses (§ 1522). Sachen, welche durch Verbrauch genutzt zu werden pflegen, können von den Eltern verbraucht und in eigenem Namen veräußert werden, in welchem Falle bei Beendigung der Nutznießung der Werth zu ersetzen ist, den sie zur Zeit der Verfügung hatten; das Gleiche gilt von anderen verbrauchbaren Sachen mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1523). Zur Sicher-

heitsleistung ist der elterliche Nießbraucher nur verpflichtet, wenn sie im vorerwähnten Falle vom Vormundschaftsgerichte vorbehalten ist oder von demselben kraft seines Aufsichtsrechts angeordnet wird (§ 1524). An Forderungen, Aktien auf Inhaber, Grundschulden und Eigenthümerhypotheken begründet die elterliche Nutznießung nur das Recht auf Bezug der Früchte (§ 1526). Von einem für das Kind betriebenen Erwerbsgeschäfte steht dem elterlichen Nutznießer nur der jährliche Reingewinn und auch nur insoweit zu, als er nicht zur Deckung der Verluste früherer Jahre erforderlich ist (§ 1527). Die Gläubiger des Kindes können die Befriedigung aus seinem Vermögen ohne Rücksicht auf die elterliche Nutznießung verlangen und auf Grund eines gegen das Kind vollstreckbaren Titels beitreiben (§ 1528). Inwieweit im Verhältnisse des Kindes zum Inhaber der elterlichen Gewalt die Verbindlichkeiten des ersteren seinem freien Vermögen zur Last fallen, bestimmt § 1530, welche Erhaltungskosten der elterliche Nutznießer außer den dem Nießbraucher zur Last fallenden für die Zeit der Nutznießung zu tragen hat, § 1531. So weit das der elterlichen Nutznießung unterfallende Vermögen der elterlichen Verwaltung entzogen ist, kann der Berechtigte von dem gesetzlichen Vertreter nur die Herausgabe der reinen Nutzungen verlangen (§ 1532). Die Rechte der elterlichen Nutznießung sind unveräußerlich und der Pfändung nicht unterworfen, ausgenommen die Ansprüche auf einzelne Leistungen gemäß der vorerwähnten Bestimmung (§ 1534); für letztere und die schon erworbenen Früchte gilt die gleiche Vorschrift wie bei der ehelichen Nutznießung (§ 1535). Die elterliche Nutznießung hört auf, wenn das Kind mit elterlicher Einwilligung die Ehe eingeht (§ 1536), auch kann auf dieselbe durch Erklärung von dem Vormundschftsgerichte verzichtet werden (§ 1537). — Der Mutter, welcher die elterliche Gewalt zusteht, ist für alle oder gewisse oder einzelne Angelegenheiten vom Vormundschaftsgerichte ein Beistand zu bestellen, wenn sie es beantragt oder der Vater es angeordnet hat, ferner wenn das Gericht es wegen des Umfangs oder der besonderen Schwierigkeiten der Vermögensverwaltung oder wegen Pflichtwidrigkeiten der Mutter oder Gefährdung des Kindesvermögens, für nöthig erachtet (§§ 1538, 39). Das Verhältniß des Beistandes zur Mutter (§§ 1540—42) ist durchweg dem Verhältnisse des Gegenvormundes zum Vormunde entsprechend, ebenso ist seine Stellung dem Vormundschaftsgerichte gegenüber die gleiche (§ 1543).

Wegen Mißbrauchs der elterlichen Gewalt, insbesondere des

Erziehungsrechts, und wegen Gefährdung des Wohles des Kindes durch Vernachlässigung oder ehrloses und unsittliches Verhalten der Eltern kann ihnen die Obhut des Kindes und selbst die elterliche Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung ganz oder theilweise durch das Vormundschaftsgericht entzogen werden, welches auch in diesen Fällen wie bei Behinderung der Eltern alle für das Wohl des Kindes erforderlichen Maßregeln zu treffen hat (§§ 1546—47). Bei Verletzung der Pflichten in Ansehung der Vermögensverwaltung oder Nutznießung, oder bei Vermögensverfall der Eltern, wenn dabei eine erhebliche Gefährdung der Rechte des Kindes zu besorgen ist, kann das Vormundschaftsgericht die Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses, die Hinterlegung von Kostbarkeiten, Werthpapieren, Hypotheken und Grundschuldbriefen und die Umschreibung der Inhaberpapiere, äußersten Falls die Bestellung einer Sicherheit nach seinem Ermessen anordnen (§ 1547), und wenn diese Anordnungen nicht befolgt werden, die elterliche Vermögensverwaltung entziehen (§ 1550). Von einer beabsichtigten Eheschließung hat der Inhaber der elterlichen Gewalt dem Vormundschaftsgerichte unter Einreichung eines Vermögensverzeichnisses Anzeige zu machen und die Auseinandersetzung über die Erbschaft des verstorbenen Elterntheils herbeizuführen, wenn dazu das Gericht nicht Aufschub gestattet (§ 1548). Durch den Konkurs des Inhabers wird die elterliche Vermögensverwaltung beendigt, kann ihm aber nach Beendigung des Konkurses vom Vormundschaftsgericht wieder eingeräumt werden (§ 1553).

Die elterliche Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung ruht während der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit (d. h. während der Minderjährigkeit oder Entmündigung) des Inhabers, ferner bei einer thatsächlichen Behinderung desselben, wenn zugleich das Vormundschaftsgericht die Nothwendigkeit einer allgemeinen Sorge für Person und Vermögen des Kindes während eines voraussichtlich längeren Zeitraumes feststellt (§ 1554). Ruht die Gewalt des Vaters, so steht sie der Mutter zu; ruht die Gewalt der Mutter oder kann sie nicht eintreten, so wird Bevormundung des Kindes nothwendig. Der minderjährige Vater hat jedoch Pflicht und Recht der Sorge für die Person des Kindes in demselben Umfange wie die Mutter neben dem Vater (§§ 1554—55). Die elterliche Gewalt erlischt, wenn das Kind von einem Andern an Kindesstatt angenommen und wenn der Inhaber für todt erklärt ist; in letzterem Falle kann jedoch der noch lebende Inhaber die Gewalt durch eine gegenüber dem Vormund-

schaftsgerichte abzugebende Erklärung zurückerlangen (§ 1557). Die Mutter verliert die elterliche Gewalt durch Eingehung einer neuen Ehe (§ 1558). Wird sie in diesem Falle nicht gemäß § 1641 mit Zustimmung ihres Ehemannes zum Vormunde bestellt, so bleibt ihr Recht und Pflicht der Sorge für die Person des Kindes ohne dessen gesetzliche Vertretung und der Vormund des Kindes hat insoweit neben ihr die Stellung des Beistandes. — Die elterliche Gewalt wird verwirkt durch rechtskräftige Verurtheilung wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens gegen das Kind zu einer Zuchthaus- oder mindestens sechsmonatlichen Gefängnißstrafe (§ 1559); die vom Vater verwirkte Gewalt geht, wenn die Ehe aufgelöst ist, auf die Mutter über (Abs. 2). Ein Verzicht auf die elterliche Gewalt ist rechtlich nicht möglich (§ 1561).

Die Vorschriften über elterliche Vermögensverwaltung und Nutznießung greifen nicht ein, insoweit zwischen dem überlebenden Ehegatten und seinen Abkömmlingen aus der Ehe mit dem Verstorbenen die in den §§ 1396—1409 geordnete fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt. Voraussetzung dieses Verhältnisses ist, daß zwischen den Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft bestand, und seine rechtliche Konstruktion nach dem Entwurfe die, daß der überlebende Ehegatte, damit die Abkömmlinge von jeder persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten beider Ehegatten freibleiben, an deren Stelle als Erbe des Verstorbenen auch für das Vorbehalt- und Sondergut gilt, an letzterem jedoch den Abkömmlingen ihr Antheil als Vermächtniß unter Vorbehalt des Pflichttheilsanspruchs gewahrt bleibt (§§ 1384—95). Gesammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist das Vermögen, welches hiernach der überlebende Ehegatte zur Zeit ihres Eintritts hat, mit Ausschluß seines bisherigen Vorbehalts- und Sonderguts, und das weiterhin von ihm (nicht mit der Bestimmung zum Vorbehalts- oder Sondergut durch Dritte oder als Ersatz für solches Gut) erworbene Vermögen; das Sondergut der überlebenden Ehefrau wird wie das Sondergut des Ehemannes behandelt (§ 1396). Der überlebende Ehegatte hat die Verwaltung des Gesammtgutes mit allen Rechten und Pflichten, welche der Ehemann in währender Ehe hatte (§ 1399), während die betheiligten Abkömmlinge die Rechte und Verbindlichkeiten der Ehefrau haben; dies gilt insbesondere bezüglich der Gesammtgutsverbindlichkeiten (Abs. 2) auch im Verhältnisse der Betheiligten zu einander (§ 1400); und zwar werden (Nr. 3) auch die auf den überlebenden Ehegatten als Erben des Verstorbenen

übergegangenen Verbindlichkeiten des letzteren, welche in der ehelichen Gütergemeinschaft nicht Gesammtgutsverbindlichkeiten waren, dies jetzt in der Weise, daß die Abkömmlinge bei Auseinandersetzung der Gemeinschaft sich dieselben anrechnen zu lassen haben (Abs. 3), soweit sie nicht aus dem Vorbehalts- oder Sondergut des verstorbenen Ehegatten haben berichtigt werden können (Abs. 4). Forderungen des überlebenden Ehegatten gegenüber dem Gesammtgute und Verbindlichkeiten desselben gegenüber diesem oder dem Sonder- oder Vorbehaltsgute des verstorbenen, sowie Verbindlichkeiten des letzteren gegenüber dem Gesammtgute oder dem Sonder- oder Vorbehaltsgute des überlebenden gehen nicht durch Vereinigung bei der Erbfolge des letzteren unter (§ 1402). Die fortgesetzte Gütergemeinschaft wird aufgelöst durch Tod, neue Eheschließung und Erklärung des überlebenden Ehegatten vor dem Nachlaßgericht (§ 1403 Nr. 1, 2, 5) und Vertrag der Betheiligten. Im Falle neuer Eheschließung gilt eine entsprechende Vorschrift wie für den Inhaber der elterlichen Gewalt (§ 1404). Außerdem kann jeder antheilsberechtigte Abkömmling die Auflösung der Gemeinschaft aus denselben Gründen wie die Ehefrau und weiter bei Verwirkung der elterlichen Gewalt verlangen, mit der Wirkung, daß auch in Ansehung der übrigen Abkömmlinge die Auflösung eintritt (§ 1405). Die auf die Abkömmlinge fallende Hälfte des Gesammtguts wird von diesen unter sich so getheilt, als ob sie als gesetzliche Erben des erst im Zeitpunkte der Auflösung verstorbenen Ehegatten berufen wären (§ 1408); ihre Rechte am Gesammtgute können durch Verfügungen des überlebenden Ehegatten von Todeswegen nicht berührt werden (§ 1409).

Da die auf Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage für ungültig erklärte Ehe bis zum Urtheil als gültig anzusehen ist (§§ 1252—60), so müssen auch diejenigen Kinder aus einer solchen Ehe als ehelich gelten, die als solche anzusehen wären, wenn die Ehe als eine gültige im Zeitpunkte des Urtheils aufgelöst wäre. Diese Folge sprechen die §§ 1562—67 aus. Die elterliche Gewalt soll jedoch den Ehegatten nur dann zustehen, wenn ihnen bei Schließung der Ehe die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt war. Trifft dies bei beiden Ehegatten zu, so treten in Ansehung der Kinder die Folgen der Ehescheidung wegen der beiderseitigen Schuld ein (§§ 1563—67). Der Vater, welcher sich nicht in diesem Falle befand, hat über die Kinder keinerlei Rechte der Vaterschaft und gelten seine Verwandte nicht als Verwandte des Kindes (§§ 1564, 1566, 1567),

die Mutter dagegen hat auch unter dieser Voraussetzung Recht und Pflicht der Sorge für die Person des Kindes in dem Umfange, wie die zur zweiten Ehe geschrittene Mutter (§§ 1565, 1566, 1567).

Obwohl der Entwurf auch dem unehelichen Kinde die Verwandtschaft mit seinem Vater und dessen Verwandten abspricht (§ 30 Abs. 3), legt doch § 1571 dem Vater die Pflicht seines Unterhalts vor der Mutter und deren Verwandten auf und § 1575 läßt diese Pflicht auch auf den Erben des Vaters übergehen. Als Vater aber gilt derjenige, welcher mit der Mutter des unehelichen Kindes innerhalb der Empfängnißzeit den Beischlaf vollzogen hat, wenn er nicht die exceptio plurium concumbentium beweisen kann (§ 1572). Uebrigens ist die Pflicht des Vaters auf den nothdürftigen Unterhalt bis zu vollendetem vierzehnten Lebensjahre beschränkt (§ 1573). Die Ansprüche der Mutter gegen den Vater bestimmen die §§ 1577 und 1578. — Auch die Mutter hat nicht die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind, wohl aber Pflicht und Recht der Sorge für seine Person in demselben Umfange, wie die zur zweiten Ehe geschrittene eheliche Mutter (§ 1570). Die Anerkennung des unehelichen Kindes durch seinen Vater erwähnt der Entwurf nicht, weil sie nach seinem „Prinzip" entgegen allen geltenden Rechten keine besonderen Rechtsfolgen haben, sondern nur den Beweis der Vaterschaft bei dem beschränkten Unterhaltsanspruch erleichtern kann.

Durch die nach der Geburt des unehelichen Kindes zwischen seinem Vater und seiner Mutter erfolgende Eheschließung erlangt es von dieser Zeit an die rechtliche Stellung eines ehelichen (§ 1579), und zwar gilt auch in dieser Hinsicht der Ehemann als Vater des von der Ehefrau vor der Ehe geborenen unehelichen Kindes, wenn er mit ihr innerhalb der Empfängnißzeit den Beischlaf vollzogen hat, jedoch ohne daß er die exceptio plurium concumbentium für sich geltend machen kann (§ 1580). Die Legitimation durch nachfolgende Ehe wird durch die Ungiltigkeit der Ehe nicht gehindert, wenn sie nicht wegen Formmangels nichtig ist (§ 1581) und die Wirkungen der Legitimation treten für die Abkömmlinge des unehelichen Kindes auch dann ein, wenn es vor der Eheschließung gestorben ist. — Das uneheliche kann die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes seines Vaters mit gewissen Beschränkungen auch durch eine Verfügung der Staatsgewalt erlangen (§ 1583), worüber die §§ 1584 bis 1600 sehr eingehende Bestimmungen enthalten. Die Verfügung kann nur auf den das Bekenntniß der Vaterschaft enthaltenden (§ 1585)

gerichtlich oder notariell beglaubigten (§ 1591) Antrag des Vaters erfolgen; ferner ist dazu die Einwilligung des Kindes, welche nur bis zu dessen zurückgelegtem 14. Lebensjahre durch den gesetzlichen Vertreter ertheilt werden kann, und sofern der Vater verheirathet ist, die Einwilligung seiner Ehefrau erforderlich (§§ 1587, 88). Die Ehelichkeitserklärung kann nicht erfolgen, wenn die Ehe zwischen dem Vater und der Mutter des Kindes zur Zeit der Erzeugung des letzteren wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft nicht geschlossen werden konnte (§ 1586). Die Erklärung ist unwirksam, wenn ein gesetzliches Erforderniß fehlt (§ 1593), sie kann versagt werden, auch wenn ihr ein gesetzliches Hinderniß nicht entgegensteht (§ 1592), dagegen ist ihre Wirkung nicht durch die wirkliche Vaterschaft des als Vater bezeichneten bedingt. Durch die Ehelichkeitserklärung wird die Pflicht und das Recht der Mutter des Kindes für dessen Person zu sorgen aufgehoben und tritt auch nach Beendigung der elterlichen Gewalt des Vaters nicht wieder ein (§ 1597).

Noch eingehendere Vorschriften giebt der Entwurf über die Annahme an Kindesstatt, welche durch einen „Vertrag" zwischen dem Annehmenden und Angenommenen erfolgt und für letzteren die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des ersteren mit gewissen Beschränkungen begründet (§ 1601). Sie ist ausgeschlossen, wenn der Annehmende einen natürlichen ehelichen Abkömmling hat (§ 1602). Der Annehmende muß das fünfzigste Lebensjahr zurückgelegt haben, der Angenommene mindestens achtzehn Jahre jünger sein als ersterer, jedoch ist in beiden Beziehungen staatliche Dispensation zulässig, aber Volljährigkeit des Annehmenden unerläßlich (§§ 1603, 1604). Ein Ehegatte kann nur mit Einwilligung des andern an Kindesstatt annehmen (§ 1606) und angenommen werden (§ 1609); nur Ehegatten können ein Kind als gemeinschaftliches annehmen (§ 1608) und der von einem Ehegatten Angenommene kann auch nachträglich von dem andern angenommen werden (§ 1607). Bis nach zurückgelegtem 25. Lebensjahre kann ein Kind nur mit Einwilligung seiner ehelichen Eltern oder unehelichen Mutter an Kindesstatt angenommen werden (§ 1610). Für ein anzunehmendes Kind kann vor zurückgelegtem vierzehnten Lebensjahre der gesetzliche Vertreter den Annahmevertrag schließen, sonst kann beiderseits der Vertrag nur persönlich geschlossen werden (§ 1612), vorbehaltlich der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts bei den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten (§ 1613), und zwar soll die Genehmigung von

letzterem nicht ertheilt werden, wenn der Annehmende der Vormund des Anzunehmenden oder wenn über die beendigte Vormundschaft bei noch fortdauernder Bevormundung des Anzunehmenden über jene noch nicht Rechnung gelegt und das Vermögen des Mündels ausgeliefert ist (Abs. 2). Der Annahmevertrag muß vor Gericht oder Notar geschlossen und in gleicher Form die erforderliche Einwilligung eines Dritten erklärt werden (§ 1616); ferner ist die Bestätigung des Vertrags durch das zuständige Gericht erforderlich, und obwohl auch vorher die Vertragschließenden gebunden sind, wie die Annahme nicht wirksam, wenn vor der Bestätigung einer derselben gestorben ist (§§ 1617, 18). Die Bestätigung ist nur zu versagen, wenn ein gesetzliches Erforderniß mangelt (§ 1619). Die §§ 1620—28 ordnen im Einzelnen die Wirkungen der Annahme an Kindesstatt; diese erstrecken sich auf einen zur Zeit der Annahme lebenden Abkömmling des Angenommenen und dessen spätere Nachkommen nur wenn der Vertrag zugleich mit ihm geschlossen ist, auch begründet die Annahme keine Verwandtschaft und Verschwägerung zwischen dem Angenommenen, seinen Abkömmlingen oder seinem Ehegatten und den Verwandten bezw. dem Ehegatten des Annehmenden (§ 1620) und für den Annehmenden wird kein Erbrecht begründet (§ 1624). Die über den Angenommenen bestehende elterliche Gewalt geht auf den Annehmenden über und die leiblichen Eltern erlangen sie auch dann nicht wieder, wenn sie von jenem verwirkt oder die Annahme aufgehoben ist (§§ 1623, 1626), was durch Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen sowie den Abkömmlingen des letzteren, auf welche sich die Wirkungen der Annahme erstreckt haben, nach Maßgabe des § 1629 geschehen kann.

Unter der besonderen Titelbezeichnung „Feststellung familienrechtlicher Verhältnisse“ enthält § 1632 die allgemeine Bestimmung, daß Urtheile auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses oder der elterlichen Gewalt, welche bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig geworden sind, für und gegen Alle wirken, ausgenommen den Dritten, welcher das elterliche Verhältniß oder die elterliche Gewalt für sich in Anspruch nimmt und an dem Prozeß nicht Theil genommen hat, und ausgenommen den Rechtsstreit über die eheliche Vaterschaft. Nach Art. 11 des Entwurfs zum Einführungsgesetze sollen in die Civilprozeßordnung drei neue §§ 627a—627c eingeschaltet werden, durch welche auf die familienrechtlichen Feststellungs- und Anfechtungsklagen

eine Reihe von Vorschriften des Ehescheidungsprozesses, insbesondere über die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft, die Unzulässigkeit der Eideszuschiebung, das Erscheinen der Parteien vor Gericht, das Versäumnißurtheil gegen den Kläger für anwendbar erklärt werden; auch sollen mit diesen Klagen andere Klagen nicht verbunden und Widerklagen gegen dieselben nicht erhoben werden können.

Im dritten Abschnitte „Vormundschaft", dessen erster Titel (§§ 1633—1725) die Vormundschaft über Minderjährige einschließlich der allgemeinen Bestimmungen, der zweite (§§ 1726—37) die Vormundschaft über Volljährige, der dritte (§§ 1738—48) die Pflegschaft behandelt, hat sich der Entwurf nahe an das geltende preußische Gesetz angeschlossen. Dies zeigt sich alsbald in der Beseitigung jeder Spur von gesetzlicher Vormundschaft der Verwandten: die Vormundschaft wird von dem Vormundschaftsgerichte von Amtswegen angeordnet (§ 1634) und von demselben der Vormund durch Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Führung der Vormundschaft bestellt (§ 1645). Dies gilt auch von denjenigen, welche nach § 1635 als Vormünder berufen sind: der von dem Vater, welchem im Augenblicke des Todes die elterliche Gewalt unbeschränkt zustand, in einer letztwilligen Verfügung (§ 1636) und der unter gleichen Voraussetzungen von der Mutter Benannte, ferner der väterliche und der mütterliche Großvater, sofern sie nicht durch eine Annahme an Kindesstatt ausgeschlossen sind, in dieser Reihenfolge. Der Berufene „darf" (§ 1637) ohne seine Zustimmung übergangen werden nur wegen Unfähigkeit, oder wenn er verhindert, oder „wenn aus seiner Bestellung eine erhebliche Gefährdung des Interesses des Mündels zu besorgen ist"; aber wenn er gleichwohl übergangen wird, so findet dagegen nicht wie nach § 18 der preußischen Vormundschaftsordnung der Rekurs auf die Entscheidung des Beschwerdegerichts statt, wie die Motive (IV. S. 1050) ausdrücklich das Schweigen des Entwurfs ergänzen. Soweit ein Berufener nicht in Betracht kommt oder übergangen wird, hat das Vormundschaftsgericht nach Anhörung des Gemeindewaisenraths „eine nach ihren persönlichen und Vermögensverhältnissen sowie nach den sonstigen Umständen des Falles geeignete Person" auszuwählen, wobei Verwandte und Verschwägerte des Mündels „zunächst zu berücksichtigen" sind. — Uebrigens ergiebt sich aus der Gestaltung der elterlichen Gewalt durch den Entwurf, daß nur, wenn diese nicht besteht (also auch, wenn sie ruht, was abweichend vom § 11 der preußischen Vormundschaftsordnung nicht aus-

drücklich gesagt ist) oder auf die elterliche Nutznießung beschränkt ist, der Minderjährige einen Vormund erhalten muß (§ 1633).

Die Verpflichtung jedes Deutschen, eine Vormundschaft zu übernehmen, zu welcher er vom Gerichte aus gewählt wird, wenn er nicht unfähig oder aus den in § 1643 aufgeführten Gründen zur Ablehnung berechtigt ist, spricht § 1639 mit der Maßgabe aus, daß die Verletzung derselben für Schadensersatz haftbar macht, außerdem aber auch das Gericht durch dreimalige in Zwischenräumen von mindestens einer Woche und bis zum Betrage von je 300 Mark aufzuerlegende Ordnungsstrafe zur Uebernahme der Vormundschaft anhalten kann. Für unfähig, Vormund zu sein, erklärt § 1640 außer dem Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten und dem, welcher in Konkurs befindlich oder der bürgerlichen Ehrenrechte verlustig ist, auch eine Frau, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter des Mündels und der durch Vater oder Mutter Berufenen, endlich den vom Vater oder der ehelichen Mutter Ausgeschlossenen; nur kann der vom Vater Benannte von der Mutter nicht ausgeschlossen werden. Indeß ist nur die Bestellung des Geschäftsunfähigen nichtig; in jedem anderen Falle der Unfähigkeit hat der Bestellte die Vormundschaft so lange zu führen, bis er entlassen ist (§ 1646) und dies gilt auch von der Ehefrau, die entgegen dem schon oben erwähnten § 1641 ohne Zustimmung ihres Ehemannes und dem Beamten oder Religionsdiener, der entgegen dem § 1642 ohne die landesgesetzlich vorgeschriebene Erlaubniß bestellt ist.

Das Verhältniß mehrerer Vormünder zu einander ordnen die §§ 1652—53; soweit hiernach mehrere zugleich verantwortlich sind, haften sie nach § 1696 Abs. 1 als Gesammtschuldner. Neben dem Vormunde kann in gleicher Weise ein Gegenvormund bestellt werden und soll bestellt werden, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung verbunden ist, „es sei denn, daß sie eine nicht erhebliche ist" oder von mehreren Vormündern geführt wird. Der Gegenvormund hat darauf zu achten, daß der Vormund pflichtmäßig verfährt und hat Pflichtwidrigkeiten sowie alle Umstände, welche das Einschreiten des Gerichts erheischen, demselben unverzüglich anzuzeigen (§ 1654). Unter Zuziehung des Gegenvormundes hat der Vormund ein Vermögensverzeichniß aufzunehmen und dem Gericht unter der von beiden abzugebenden Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit einzureichen (§ 1659); er soll die Inhaberpapiere des Mündels nach Maßgabe des § 1670 hinterlegen oder auf dessen

Namen umschreiben lassen mit der Bestimmung, daß zur Erhebung oder Ersetzung der Papiere die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sei; letzteres kann den Vormund von dieser Vorschrift entbinden, aber auch sie auf andere Werthpapiere und Kostbarkeiten ausdehnen. Der Vormund soll die vorgeschriebene Anlegung der Mündelgelder nur mit Genehmigung des Gegenvormundes bewirken; zur Einzahlung bei einer Sparkasse ist diese nicht, wohl aber zur Erhebung der eingezahlten Gelder erforderlich (§ 1666). Zu Veräußerungs- und Belastungsgeschäften, welche ohne Genehmigung des Gerichts zulässig sind, ist die Genehmigung des Gegenvormundes erforderlich, die indeß überall durch Genehmigung des Gerichts ersetzt werden kann (§ 1669); auch kann das Gericht zur Vornahme solcher Geschäfte den Vormund allgemein ermächtigen (§ 1675). Uebrigens finden auf die Genehmigung des Gegenvormundes und deren Mangel die Vorschriften über Genehmigung des Gerichts entsprechende Anwendung (§§ 1677—82).

Die §§ 1683—89 behandeln die allgemeine Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts; insbesondere §§ 1687, 88 die demselben jährlich vom Vormunde zu legende Rechnung und § 1689 die unter besonderen Umständen dem Vormunde vom Gericht aufzuerlegende Sicherheitsleistung. Nach § 1705 Nr. 1 hat das Vormundschaftsgericht den Vormund zu entlassen, wenn aus der Fortführung der Vormundschaft durch denselben eine erhebliche Gefährdung des Interesses des Mündels, insbesondere durch ein pflichtwidriges Verhalten des Vormundes begründet wird. Die andern Entlassungsgründe beziehen sich auf den Eintritt eines Unfähigkeitsgrundes außer der Geschäftsunfähigkeit, welche ohne Weiteres die Vormundschaft beendigt (§ 1704)* oder eines andern gesetzlichen Hindernisses. Das Gericht hat ferner den Vormund auf seinem Antrag zu entlassen, wenn ein erheblicher Grund, insbesondere der Eintritt eines Ablehnungsgrundes vorliegt (§ 1706) und kann eine zum Vormund bestellte Frau entlassen, wenn dieselbe eine Ehe schließt (§ 1707).

Die §§ 1690—94 enthalten Bestimmungen über eine „befreite Vormundschaft." Der Vater und die eheliche Mutter können die Bestellung eines Gegenvormundes ausschließen oder den Vormund von der Genehmigung desselben ganz oder theilweise entbinden (§ 1690), ihm die Rechnungslegung während der Vormundschaft erlassen, in welchem Falle jedoch der Vormund nach Ermessen des Vormundschaftsgerichts alle zwei Jahre eine Vermögensübersicht einzureichen hat

(§ 1691), endlich den Vormund von der Hinterlegung und Umschreibung der Werthpapiere und Kostbarkeiten entbinden (§ 1692), alles unter denselben Voraussetzungen, unter welchen sie den Vormund benennen können. Das Vormundschaftsgericht kann jedoch diese Anordnungen außer Kraft setzen, wenn und soweit aus der Befolgung eine erhebliche Gefährdung des Interesses des Mündels zu besorgen ist.

Die §§ 1712—24 handeln vom Familienrath, § 1725 vom Gemeindewaisenrath. Der letztere ist wie in der preußischen Vormundschaftsordnung eine ständige zur Berathung des Vormundschaftsgerichts namentlich in Personenfragen und zu seiner Unterstützung in der Aufsichtsführung bestimmte Gemeindebehörde. Die Einrichtung des Familienraths dagegen ist in dem Entwurfe auf noch unbestimmtere Unterlagen gestellt. Er soll eingesetzt werden, wenn der Vater oder die eheliche Mutter dies angeordnet hat (§ 1712), er kann eingesetzt werden, wenn ein Verwandter oder Verschwägerter und wenn der Vormund oder Gegenvormund dies beantragen (§ 1713). (Nach der preußischen Vormundschaftsordnung § 371 ist in diesen Fällen der Familienrath zu bilden, im zweiten allerdings nur auf Antrag von drei Personen.) Nach § 1719 hat der Familienrath (wie in der preußischen Vormundschaftsordnung) die Rechte und Pflichten des Vormundschaftsgerichts; und dieses hat also nach der in § 1713 gegebenen Directive in der That darüber zu entscheiden, ob es im Interesse des Mündels für angemessen erachtet," sich selbst durch den Familienrath zu ersetzen. Außerdem „unterbleibt" die Einsetzung des Familienraths in den Fällen des § 1713, wenn sie vom Vater oder der ehelichen Mutter untersagt ist (Abs. 2); sie unterbleibt aber auch, wenn diese die Einsetzung angeordnet haben, aber „die erforderliche Anzahl von Personen nicht vorhanden ist, welche fähig und geeignet sind, Mitglieder des Familienraths zu sein" (§ 1712 Abs. 3). Diese erforderliche Zahl beträgt aber nur zwei (§ 1714) mit einem oder zwei Ersatzmitgliedern (§ 1715 Abs. 3) und die höchste Zahl der Mitglieder ist sechs (§ 1714). Als Mitglieder sind zunächst die von Vater oder Mutter benannten zu berufen, anderenfalls wählt das Vormundschaftsgericht nach Anhörung von Verwandten und Verschwägerten des Mündels sowie des Gemeindewaisenraths (§ 1715) die zur Beschlußfähigkeit des Familienraths erforderliche Zahl, d. h. nach § 1722 zwei, weitere Mitglieder alsdann der Familienrath selbst (§ 1715). Aus § 1716, welcher die Unfähigkeitsgründe aufführt, in Nr. 3 ergiebt sich weiter, daß das

Vormundschaftsgericht nur Verwandte oder Verschwägerte wählen darf, der Familienrath auch andere Personen; ohne diese Beschränkung ist es nicht wohl denkbar, daß sich nicht mindestens zwei geeignete Mitglieder finden sollten. Unfähig sind außer den zur Vormundschaft unfähigen der Vormund selbst und jede Frau (§ 1716 Nr. 1, 2). Wegen Mangels geeigneter Mitglieder kann der eingesetzte Familienrath auch aufgehoben werden (§ 1724). Als letzte Abblassung des Familienraths hat der Entwurf nach dem Vorgange der pr. V. O. § 55 in § 1670 die Bestimmung aufgenommen, daß vor einer ihm zustehenden Entscheidung das V. G. auf Antrag des Vormundes oder Gegenvormundes (n. d. pr. V. O. auch eines Verwandten oder Verschwägerten des Mündels) und in wichtigen Angelegenheiten von Amtswegen (n. d. pr. V. O. steht ihm dies frei) Verwandte oder Verschwägerte des Mündels (n. d. pr. V. O. drei von den näheren Verwandten oder Verschwägerten desselben) gutachtlich hören soll, „sofern dies ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnißmäßige Kosten geschehen kann."

Ein Volljähriger erhält einen Vormund, wenn er entmündigt ist (§ 1726) oder des vormundschaftlichen Schutzes bedürftig erklärt wird, was von dem Vormundschaftsgericht nur dann geschehen kann, wenn derselbe taub, blind oder stumm ist und wegen eines solchen Gebrechens seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag und auch dann nur mit seiner Einwilligung geschehen soll, wenn eine Verständigung mit ihm nicht unmöglich ist (§ 1727). Als Vormünder sind berufen der Vater, die eheliche Mutter, der väterliche und mütterliche Großvater in dieser Reihenfolge, wenn sie nicht durch eine Annahme an Kindesstatt des Mündels ausgeschlossen sind, die Ehefrau kann auch ohne Zustimmung des Ehemannes zu seinem Vormund bestellt werden (§ 1729). Nach § 1730 hat der Vormund die Sorge für die Person des Mündels nur insoweit, als es durch den Zweck der Vormundschaft erfordert wird. Die §§ 1731—32 dehnen das Erforderniß der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auch auf Zusicherung oder Gewährung einer Ausstattung und längere als vierjährige Mieth- und Pachtverträge aus. Die §§ 1733—34 enthalten erleichternde Bestimmungen für die vom Vater oder der ehelichen Mutter geführte Vormundschaft, andrerseits sind diese nicht berechtigt, Anordnungen über die Einsetzung eines Familienraths zu treffen. — Nach Stellung und vor Erledigung des Antrags auf Entmündigung kann von dem Vormundschaftsgericht eine vorläufige Vor-

mundschaft angeordnet werden, ohne daß es an die Bestimmungen über Berufung zum Vormund gebunden ist (§ 1737), sonst nach Maßgabe der für die Vormundschaft über einen Volljährigen geltenden Vorschriften.

Pflegschaft nennt der Entwurf nach dem Vorgange der preußischen Vormundschaftsordnung eine auf Vermögensangelegenheiten beschränkte, übrigens nach den Vorschriften über die Vormundschaft zu behandelnde (§ 1743) vormundschaftliche Verwaltung. Hiernach erhält sowohl ein unter elterlicher Gewalt stehendes Kind wie ein bevormundeter Minder- oder Volljähriger einen Pfleger für solche Angelegenheiten, für welche die Fürsorge des Inhabers der elterlichen Gewalt oder des Vormundes aus einem thatsächlichen oder rechtlichen Grunde nicht eintreten kann, insbesondere also für das ihrer Verwaltung durch letztwillge Verfügung oder anderweitige Zuwendung entzogene Vermögen (§ 1738); ein Volljähriger, welcher durch seinen geistigen oder körperlichen Zustand ganz oder theilweise an der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten behindert ist, kann ihn nach den Vorschriften für die Vormundschaft über Volljährige erhalten (§ 1739); ein Abwesender und eine Leibesfrucht nach Maßgabe der §§ 1740—41; den Nachlaßpfleger versteckt der Entwurf in der allgemeinen Fassung des § 1742: „Ist nicht bekannt oder nicht gewiß, wer bei einer Angelegenheit der Betheiligte sei, so kann dem Betheiligten für diese Angelegenheit, sofern wegen derselben eine Fürsorge erforderlich ist, ein Pfleger bestellt werden (vgl. § 2059).

Das Erbrecht.

Das fünfte, vom Erbrecht handelnde Buch ist der durchsichtigste und auch in der Fassung einer der bestgelungenen Theile des Entwurfs. Auch hier ist das gemeine Recht zur Grundlage genommen, aber von allen antiquarischen Bestandtheilen gründlich gereinigt, so daß es trotz der Aufnahme wichtiger deutschrechtlicher Grundsätze und Gestaltungen möglich geworden ist, das Einzelne in seltener Ebenmäßigkeit von wenigen beherrschenden Grundgedanken und Begriffen abzuleiten.

Der Entwurf nennt Erbfall den Tod einer Person, Erbschaft das Vermögen eines Verstorbenen, der in dieser Beziehung Erblasser heißt, als Ganzes, Erbfolge den Uebergang des Vermögens als Ganzem, der Erbschaft, welcher von dem Erblasser nicht ausgeschlossen werden kann, auf eine oder mehrere Personen als

Erben, und zwar auf mehrere nach Bruchtheilen, welche Erbtheile heißen und regelmäßig gleich der ganzen Erbschaft behandelt werden (§§ 1749—50). Der Erbe wird von dem Erblasser durch Erbeinsetzung, oder wenn und soweit es an einem eingesetzten Erben fehlt, durch die gesetzliche Erbfolge bestimmt (§ 1751); damit ist der römische Grundsatz, daß testamentarische und Intestaterbfolge bei einer Erbschaft nicht zutreffen können, gänzlich aufgegeben. Die Erbeinsetzung erfolgt durch Verfügung von Todes wegen, und zwar entweder durch einseitige, oder durch Vertrag (§§ 1755, 1940); jene nennt der Entwurf letztwillige Verfügung schlechthin oder Testament, und sie kann von dem Erblasser zu jeder Zeit aufgehoben werden (§ 1753), ja trotz der Anerkennung des Erbvertrages erklärt der Entwurf den Vertrag, durch welchen Jemand sich verpflichtet, eine letztwillige Verfügung zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, für nichtig (§ 1754). Die Erbeinsetzung ist von der gesetzlichen Erbfolge ganz unabhängig, der Entwurf kennt so wenig die Notherben des gemeinen, wie die Vorbehaltserben des französischen Rechts, sondern nur ein Pflichttheilsrecht, welches nur einen Anspruch gegen den Erben auf eine Geldleistung begründet (§ 1976). Durch die Erbeinsetzung kann nicht nur der unmittelbare Erbe, sondern auch ein Ersatzerbe für den Fall, daß der zunächst eingesetzte nicht Erbe sein kann oder will (§§ 1800, 1801) und ein Nacherbe in der Weise bestimmt werden, daß derselbe erst, nachdem ein Anderer Erbe geworden ist, welcher in dieser Beziehung Vorerbe heißt, von einem bestimmten Zeitpunkte oder Ereignisse an Erbe sein soll. — Eine Zuwendung aus der Erbschaft, welche „in anderer Art als im Wege der Erbeinsetzung" erfolgt, heißt Vermächtniß und kann gleich der Erbeinsetzung wie durch letztwillige Verfügung (§ 1756), so auch durch Vertrag (§§ 1955, 62) gemacht werden. Durch das Vermächtniß wird für den Vermächtnißnehmer nur eine Forderung gegen den damit Beschwerten auf Leistung des Gegenstandes des Vermächtnisses begründet, der „Vermächtnißanspruch" (§ 1865), und zwar kann damit ein Erbe sowie ein Vermächtnißnehmer beschwert werden (§ 1756 Abs. 2). Eine letztwillige Zuwendung ist als Erbeinsetzung anzusehen, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist, wenn daraus der Wille des Erblassers erhellt, daß dessen Vermögen als Ganzes oder nach einem Bruchtheil des Ganzen auf den Bedachten übergehen soll (§ 1785), dagegen ist ungeachtet der Bezeichnung des Bedachten als Erben im Zweifel an-

zunehmen, daß die nur einen oder mehrere Vermögensgegenstände betreffende Zuwendung nur ein Vermächtniß sein soll (Abs. 2). Endlich kann der Erblasser den Erben und den Vermächtnißnehmer durch letztwillige Verfügung (§ 1757) wie durch Vertrag (§ 1955), mit einer Auflage beschweren, d. h. mit der Verpflichtung zu einer Leistung ohne Zuwendung an einen Anderen. — Sowohl der Uebergang der Erbschaft (§ 2025) wie die Entstehung des Vermächtnißanspruchs (§ 1867) treten kraft des Gesetzes ein, und zwar erfolgt dieser „Anfall" der Erbschaft oder des Vermächtnisses in der Regel mit dem Erbfalle. Die Annahme der Erbschaft (§ 2029) und des Vermächtnisses (§ 1873) kommt hiernach nur als Verzicht auf das Recht, die eine oder das andere auszuschlagen, in Betracht. — Der Zulassung des Erbvertrages entspricht die Zulassung des Erbverzichts als Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge durch Vertrag eines zu derselben Berufenen mit dem Erblasser (§ 2019).

Hiernach wird nun die Gliederung des fünften Buchs verständlich. Nach den „allgemeinen Vorschriften" des ersten Abschnitts (§§ 1749—52) behandelt der zweite (§§ 1753—1939) die letztwillige Verfügung in sieben Titeln: allgemeine Vorschriften (§§ 1753—87), Erbeinsetzung (§§ 1788—1803), Einsetzung eines Nacherben (§§ 1804—41), Vermächtniß (§§ 1842—85), Auflage (§§ 1886—88), Testamentsvollstrecker (§§ 1889—1910), Errichtung letztwilliger Verfügungen (§§ 1911—39); der dritte Abschnitt (§§ 1940—63), die Verfügung von Todeswegen durch Vertrag; der vierte (§§ 1964—2018) die gesetzliche Erbfolge in zwei Titeln: gesetzliche Erben (§§ 1964—74) und Pflichttheil (§§ 1975 bis 2018); der fünfte Abschnitt (§§ 2019—24) den Erbverzicht; endlich der sechste (§§ 2025—2164) die „Rechtsstellung des Erben" in acht Titeln: Erwerb der Erbschaft (§§ 2025—44), Erbunwürdigkeit (§§ 2045—50), Wirkungen des Erbschaftserwerbs (§§ 2051—57), Fürsorge des Nachlaßgerichts (§§ 2058—67), Erbschein (§§ 2068—79), Erbschaftsanspruch (§§ 2080—91), Inventarrecht (§§ 2092—2150) und Auseinandersetzung der Miterben (§§ 2151—64).

Wie derjenige nicht Erbe werden kann, der den Erblasser nicht überlebt hat (§§ 1752), so auch nicht derjenige, der zur Zeit des Erbfalls noch nicht empfangen ist; wohl aber kann dieser als Nacherbe die Erbschaft erwerben und mit einem Vermächtnisse bedacht werden (§ 1758 Abs. 2). Den schiefen Ausdruck, daß er als Nacherbe, aber

nicht als Erbe „eingesetzt" werden kann, verbessert der Entwurf alsbald durch die Bestimmung, daß wenn die Erbeinsetzung desselben unwirksam werden müßte, weil er beim Erbanfall nicht Erbe werden kann, „im Zweifel anzunehmen ist, daß der Erblasser die Einsetzung desselben als Nacherbe gewollt habe." Eine juristische Person ohne Unterschied kann nach § 1759 als Erbe oder Nacherbe eingesetzt sowie mit einem Vermächtnisse bedacht werden.

Die §§ 1760—78 geben Anweisungen für die Auslegung bedingter, unbestimmter, ergänzungsbedürftiger und zweifelhafter letzwilliger Verfügungen. Wenn eine letztwillige Verfügung es ungewiß läßt, welche von mehreren Personen bedacht ist, so ist die Zuwendung nichtig (§ 1768); ergiebt sich aber, daß eine oder die andere Erbe sein oder ein Vermächtniß erhalten soll (s. g. alternative Einsetzung oder Zuwendung), so sollen die ersteren als Miterben, die letzteren als Gesammtgläubiger, aber im Zweifel ohne Verpflichtung zur Theilung gelten (§ 1769). Die Bestimmung der Person, welche eine Zuwendung erhalten soll, kann nicht dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen werden, sind aber mehrere zur Auswahl genannt, so gilt die Zuwendung als alternative (§ 1770).

Die letztwillige Verfügung ist nichtig, wenn der wirkliche Wille des Erblassers mit dem erklärten Willen nicht übereinstimmt, ohne daß es darauf ankommt, ob er sich dieses Mangels der Uebereinstimmung bewußt war, oder ob derselbe auf grober Fahrlässigkeit beruhte (§ 1779). Anfechtbar ist die letztwillige Verfügung, wenn der Erblasser zu derselben durch Drohung oder Betrug (§ 1780), durch einen auf die Vergangenheit oder Gegenwart sich beziehenden Irrthum oder eine nicht erfüllte Voraussetzung über ein künftiges Ereigniß oder einen rechtlichen Erfolg bestimmt war (§ 1781). Ein Irrthum bezw. eine nicht erfüllte Voraussetzung ist im Zweifel anzunehmen, wenn ein Pflichttheilsberechtigter übergangen ist, den der Erblasser nicht gekannt oder dessen Tod er angenommen hat oder der erst nach Errichtung der Verfügung geboren oder pflichttheilsberechtigt geworden ist (§ 1782). Eine Zuwendung unter Ehegatten ist anfechtbar wegen Nichtigkeit der Ehe, oder wenn die anfechtbare Ehe angefochten, oder wenn die Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst ist (§ 1783). Wer zur Anfechtung berechtigt ist, bestimmt § 1784; § 1785 die Anfechtungsfrist (auf ein Jahr nach Kenntniß der die Anfechtung begründenden Thatsache und höchstens dreißig Jahre nach Verkündung der letztwilligen Verfügung); § 1786, wann

die Anfechtung ausgeschlossen ist. Die Unwirksamkeit einer einzelnen Verfügung macht den übrigen Inhalt eines Testaments nur dann unwirksam, wenn dies als Wille des Erblassers erkennbar ist (§ 1787).

Durch die Erbeinsetzung wird die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen, wenn ein Erbe allein, oder von mehreren Miterben mindestens einer ohne Beschränkung auf einen Bruchtheil der Erbschaft eingesetzt ist (§ 1789), aber auch dann, wenn die den eingesetzten Miterben zugewendeten Bruchtheile das Ganze nicht erschöpfen, gleichwohl aber der Wille des Erblassers erhellt, daß die Eingesetzten die alleinigen Erben sein sollen (§ 1794); in diesem Falle gelten sie auf den übrigen Bruchtheil im Verhältnisse der bestimmten Bruchtheile eingesetzt, wie sie umgekehrt auch, falls die letzteren das Ganze übersteigen, eine verhältnißmäßige Minderung erleiden (§ 1793) und bei unterlassener Bestimmung von Bruchtheilen als zu gleichen Erbtheilen eingesetzt anzusehen sind (§ 1792). Sonst tritt neben der Erbeinsetzung die gesetzliche Erbfolge ein, wenn die den eingesetzten Erben zugewiesenen Bruchtheile die Erbschaft nicht erschöpfen (§ 1790). Ist aber einmal die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen, so tritt sie auch dann nicht wieder ein, wenn in Ansehung eines der eingesetzten Erben die Einsetzung unwirksam wird, vielmehr gilt dann für die übrigen Erben das Anwachsungsrecht (§§ 1797—1799), soweit es nicht von dem Erblasser ausdrücklich oder durch Einsetzung eines Ersatzerben ausgeschlossen ist (§ 1798). Der eingesetzte Nacherbe gilt im Zweifel auch als Ersatzerbe, ist es aber zweifelhaft, ob die Einsetzung als Ersatz- oder Nacherbe gewollt ist, so ist das erstere anzunehmen (§ 1807). Sind Miterben für einander oder für einen der übrigen als Ersatzerben eingesetzt, so gilt auch für diese Einsetzung im Zweifel das Verhältniß ihrer Erbtheile (§ 1803).

In dem Institut der Nacherben hat der Entwurf die fideikommissarische mit der Pupillarsubstitution des gemeinen Rechts verschmolzen. Daher gilt auch derjenige als Nacherbe, dem nach Anordnung des Erblassers der Erbe mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses die Erbschaft herauszugeben hat (§ 1805) und wenn der Erblasser dem eingesetzten Erben die Errichtung einer Verfügung von Todeswegen verboten hat, ist anzunehmen, daß die gesetzlichen Erben des letzteren als Nacherben eingesetzt seien (§ 1806). Bei der Erbeinsetzung unter auflösender Bedingung oder Endtermin ohne Bestimmung eines Nacherben sind diejenigen als Nacherben anzusehen, welche gesetzliche Erben des zur Zeit des Eintritts der

Bedingung oder des Termins verstorbenen Erblassers sein würden (§ 1807); umgekehrt gelten die gesetzlichen Erben als Vorerben bei einer Erbeinsetzung unter aufschiebender Bedingung oder Anfangstermin ohne Bestimmung eines Vorerben, ebenso wenn eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangene oder erst durch ein nach dem Erbfall eintretendes Ereigniß zu bestimmende Person eingesetzt ist (§ 1809). In Ermangelung einer anderen Bestimmung tritt die Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben ein (§ 1809). Das Recht des Nacherben geht als Bestandtheil seines Nachlasses auf seine Erben über, wenn er den Tod des Erblassers, aber nicht den Fall der Nacherbfolge erlebt hat, sofern nicht die Unwirksamkeit der Einsetzung als Wille des Erblassers anzunehmen ist (§ 1810). Die Einsetzung eines Nacherben für die Zeit nach dem Tode eines zur Zeit der Errichtung des Testaments kinderlosen Abkömmlings gilt als auf den Fall beschränkt, daß dieser keine Abkömmlinge hinterlasse (§ 1811). Die Nacherbfolge kann nur einmal eintreten; die Einsetzung eines weiteren Nacherben wird mit dem Eintritt der ersten Nacherbfolge unwirksam (§ 1812), ebenso die nicht für den Fall des Todes des Vorerben erfolgte Einsetzung eines Nacherben, wenn jener gestorben und innerhalb dreißig Jahren seit dem Erbfalle der Fall der Nacherbfolge nicht eingetreten ist. — Den Umfang der Nacherbschaft bezw. der Rechte und Lasten des Nacherben bestimmen die §§ 1814, 1825, 1834, 1835; auf das Rechtsverhältniß zwischen Vorerben und Nacherben finden die Vorschriften über den Nießbrauch nach Maßgabe der näheren Bestimmungen der §§ 1816—24 entsprechende Anwendung. Eine hiernach untersagte das Recht des Nacherben vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung des Vorerben über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand wird im Falle der Nacherbfolge unwirksam (§ 1828); dies gilt auch von der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung in einen solchen Gegenstand, der, soweit seine Veräußerung im Falle der Nacherbfolge unwirksam wird, weder im Konkurse des Vorerben noch im Wege der Zwangsvollstreckung gegen diesen veräußert oder überwiesen werden darf (§ 1829). Das von dem Vorerben oder gegen ihn erwirkte Urtheil über einen Anspruch oder Gegenstand der Nacherbschaft ist auch für und gegen den Nacherben rechtskräftig (§ 1830). — Die Nacherbschaft kann ausgeschlagen werden, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist, und es gilt dann der Fall der Nacherbfolge zu Gunsten des Vorerben als nicht eingetreten (§ 1832). Der in Folge des Erbfalls

durch Vereinigung bewirkte Untergang einer Verbindlichkeit oder eines Rechtes gilt mit Eintritt der Nacherbfolge als nicht bewirkt, erforderlichen Falls ist das Recht wieder herzustellen (§ 1833). Der Nacherbe hat das Inventarrecht sowohl auf Grund des von dem Vorerben errichteten als zufolge eines von ihm zu errichtenden Inventars über dasjenige, was er aus der Erbschaft erlangt hat (§ 1836); soweit hiernach der Nacherbe für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht in gleichem Umfange haftet wie der Vorerbe, bleibt die Haftung des letzteren bestehen (§ 1837). — Wie der Erblasser dem Vorerben größere als die im Gesetz bestimmte Rechte einräumen kann (§ 1824), so kann er auch das Recht des Nacherben auf dasjenige beschränken, was bei Eintritt der Nacherbfolge von der Erbschaft noch übrig sein wird (sogenannte fideicommissum superfuturi); in diesem Falle werden nur die in einer Schenkung bestehenden Verfügungen des Vorerben im Falle der Nacherbfolge unwirksam und auch diese nicht, wenn die Schenkung durch eine sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht gerechtfertigt wird (§ 1839) und es werden entsprechend auch die sonstigen Verpflichtungen des Vorerben gegen den Nacherben beschränkt (§ 1840). Als fideicommissum superfuturi ist im Zweifel jede Anordnung anzusehen, daß der Vorerbe berechtigt sein soll, über die Erbschaftsgegenstände frei zu verfügen (§ 1841).

Das Vermächtniß beschwert den Erben, wenn nicht der Erblasser einen Vermächtnißnehmer damit beschwert hat (§ 1842), und von mehreren mit demselben Vermächtnisse beschwerten Erben oder Vermächtnißnehmern gilt jeder im Zweifel als im Verhältniß des ihm Zugewendeten beschwert (§ 1843). Das einem Erben zugewendete Vorausvermächtniß kann dieser annehmen auch wenn er die Erbschaft ausschlägt; nimmt er beides an, so ist er selbst im Verhältniß seines Erbtheils beschwert (§ 1845). Auf mehrere mit demselben Gegenstande bedachte Vermächtnißnehmer finden die Vorschriften über die Erbtheile der Miterben entsprechende Anwendung (§ 1846). Das Vermächtniß ist nichtig, dessen Gegenstand weder bestimmt bezeichnet noch aus den Anordnungen des Erblassers zu ermitteln ist (§ 1847). Das Vermächtniß eines Gegenstandes als eines dem Erblasser gehörenden ist wirksam, wenn er ihm zur Zeit des Erbfalls gehört und wenn der Erblasser bei Anwendung des Vermächtnisses wußte, daß er ihm nicht gehört (§ 1848 Nr. 1, 2); im letzteren Falle sowie wenn der Erblasser den Gegenstand als ihm nicht gehörend vermacht ist der Beschwerte verpflichtet, dem Vermächtnißnehmer den Gegen-

stand zu verschaffen oder wenn dies nicht oder nur mit unverhältnißmäßigen Kosten möglich ist, den Werth zu erstatten, den der Gegenstand für den Vermächtnißnehmer nach den besonderen Umständen hat (§ 1849). Steht dem Erblasser zur Zeit des Erbfalls nur ein Anspruch auf Leistung des als ihm gehörend vermachten Gegenstandes zu, so ist die Zuwendung dieses Anspruchs als gewollt anzusehen (§ 1848 Nr. 3). Beim Vermächtniß eines bestimmten Gegenstandes wird vermuthet, daß der Erblasser denselben als ihm gehörend zugewendet und wenn er ihm nicht gehört, dies nicht gewußt hat (§ 1850). Das Vermächtniß einer zur Zeit des Erbfalls unmöglichen, verbotenen oder gegen die guten Sitten verstoßenden Leistung ist nichtig, doch kann die unmögliche oder verbotene Leistung für den Fall gültig zugewendet werden, daß sie später möglich wird (§ 1853). Das Vermächtniß einer Forderung des Erblassers, welche zur Zeit des Erbfalls getilgt ist, erstreckt sich im Zweifel auf den im Nachlasse noch vorhandenen Gegenstand der Forderung (§ 1855). Das Vermächtniß der Erbschaft eines Dritten oder eines Erbtheils ist nur gültig, wenn dieser zur Zeit des Erbfalls schon verstorben ist (§ 1857) und finden darauf die Vorschriften über den Erbschaftskauf Anwendung, nur steht dem Bedachten kein Anspruch auf die vor dem Erbfall gezogenen Früchte noch wegen der bis dahin verbrauchten oder unentgeltlich veräußerten Gegenstände zu (§ 1858). Die §§ 1859—61 und 1878—79 bestimmen den Umfang des Vermächtnisses seinem Gegenstande nach. Auf das Wahlvermächtniß finden die Vorschriften über das Wahlrecht bei alternativen Verbindlichkeiten mit der Abweichung Anwendung, daß das auf die Wahl eines Dritten gestellte Vermächtniß nicht durch diese bedingt ist, vielmehr das Wahlrecht, wenn der Dritte nicht wählen kann oder will oder die Wahl verzögert, auf den Beschwerten übergeht (§ 1862). Bei dem Gattungsvermächtniß ist eine den Verhältnissen des Vermächtnißnehmers entsprechende Sache auszuwählen, wenn nicht erhellt, daß der Erblasser nur die Auswahl unter den in seinem Nachlasse befindlichen Sachen gemeint hat (§§ 1863—64). — Der Anfall des Vermächtnisses tritt erst nach dem Erbfalle ein bei der Zuwendung unter einer aufschiebenden beim Erbfall noch nicht erfüllten Bedingung und an eine beim Erbfall noch nicht empfangene oder erst durch ein späteres Ereigniß zu bestimmende Person (§ 1867). Das Vermächtniß ist unwirksam, wenn der Vermächtnißnehmer den Erblasser nicht überlebt und wenn jener erbunwürdig ist (§§ 1868—74); es wird unwirksam, wenn bei einer

aufschiebenden Bedingung der Beschwerte und der Vermächtnißnehmer gestorben sind und binnen dreißig Jahren nach dem Erbfall die Bedingung nicht erfüllt ist, in entsprechender Weise auch das Vermächtniß an eine beim Erbfalle noch nicht empfangene oder durch ein späteres Ereigniß erst zu bestimmende Person (§ 1869). Die Unwirksamkeit des Vermächtnisses kommt dem Beschwerten zu Statten (§ 1874), sofern nicht der Erblasser eine Ersatzberufung (§ 1883) angeordnet hat und nicht unter mehreren mit demselben Gegenstande Bedachten das Anwachsungsrecht (§ 1870—72) eintritt. Auf die Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses, welche durch eine gegenüber dem Beschwerten nach dem Erbfalle abzugebende Erklärung erfolgen, finden im Uebrigen die entsprechenden Bestimmungen über die Erbschaft Anwendung (§ 1873). Der mit einem Vermächtnisse beschwerte Vermächtnißnehmer hat nicht eher zu leisten, als er selbst zu fordern befugt ist (§ 1877), und nicht weiter als das von ihm Empfangene reicht, unter entsprechender Anwendung der Abzugseinrede des Inventarerben (§ 1881), sowie mit verhältnißmäßiger Minderung zufolge einer ihn treffenden Kürzung (§ 1882). Ueber den Ersatzanspruch des Beschwerten wegen Verwendungen auf den Gegenstand des Vermächtnisses bestimmt § 1880. In Betreff der Ersatzberufung und des Nachvermächtnisses (§§ 1883—85) gelten die entsprechenden Bestimmungen über Ersatz- und Nacherben.

Die Auflage wird hinsichtlich der Person und Leistungspflicht des Beschwerten, der Nichtigkeit und eines etwaigen Wahlrechts entsprechend dem Vermächtnisse behandelt (§ 1886). Die Unwirksamkeit der Auflage, insbesondere wenn ihre Vollziehung unmöglich wird, berührt die Wirksamkeit der beschwerten Zuwendung nur, wenn dies als der Wille des Erblassers erhellt (§ 1887). Die Vollziehung der Auflage zu fordern ist neben dem Testamentsvollstrecker und Erben derjenige, welchem der Wegfall des Beschwerten zu Statten kommen würde und bei öffentlichem Interesse die zuständige Behörde berechtigt (§ 1888).

Die Stellung des Testamentsvollstreckers nennt der Entwurf ein Amt (§§ 1892, 94, 95), zu dessen Annahme jedoch eine Verpflichtung nicht besteht (§ 1892) und welches jederzeit gekündigt werden kann (§ 1895); Annahme und Kündigung erfolgen durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. Die Einsetzung steht nur dem Erblasser zu (§ 1889), die Bestimmung der Person kann er einem Dritten überlassen (§ 1890), die Ernennung eines zur Zeit des vorgesehenen Amts-

antritts Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ist unwirksam (§ 1891). Im Verhältniß zu Dritten ist der Testamentsvollstrecker gesetzlicher Vertreter des Erben (§ 1903), soweit seine Obliegenheiten reichen, deren Kreis im Allgemeinen durch die Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers bezeichnet wird (§ 1897 Abs. 1) und im Einzelnen vorbehaltlich der Einschränkung durch den Erblasser (§ 1905), in den §§ 1897—1904) bestimmt ist. Im Verhältniß zum Erben finden außer den besonderen Bestimmungen der §§ 1906, 1907 und 1908 Abs. 2, 3, die Vorschriften über den Auftrag Anwendung (§ 1908 Abs. 1). Der Testamentsvollstrecker kann auf Antrag eines Betheiligten seines Amtes von dem Nachlaßgerichte nach vorheriger Anhörung enthoben werden, wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falles die Enthebung rechtfertigender Grund, insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Untauglichkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung vorliegt (§ 1896).

Die Fähigkeit zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung beginnt mit zurückgelegtem sechszehnten Jahre, so daß vorher die Errichtung auch nicht mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, nachher auch ohne diese Einwilligung gültig ist (§ 1912). Gemeinschaftliche Testamente sind durch § 1913 ausgeschlossen. — Als ordentliche Testamentsformen läßt der Entwurf nur die öffentliche, und zwar als gerichtliche oder notarielle zu (§ 1914); nach Art. 91 Abs. 2 des Entwurfs zum Einführungsgesetze bleiben jedoch die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen entweder die Gerichte oder die Notare ausschließlich zur Aufnahme von Testamenten zuständig sind.

Bei Errichtung des Testaments muß der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen (oder nach landesgesetzlicher Bestimmung die dazu angestellte Urkundsperson), der verhandelnde Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen, und die zugezogenen Personen müssen während der ganzen Verhandlung anwesend sein (§ 1915). Die §§ 1916—17 bestimmen, welche Personen bei Errichtung eines Testaments mitwirkende Personen nicht sein können. Der Erblasser kann die letztwillige Verfügung (§ 1918) entweder mündlich vor den mitwirkenden Personen erklären, worauf die Erklärung ins Protokoll aufzunehmen ist (§ 1919 Nr. 5), oder in einer von ihm selbst oder einem Andern gemachten Niederschrift dem Richter oder Notar offen oder verschlossen mit der Erklärung übergeben, daß die Schrift seine letztwillige Verfügung enthalte. Die weiteren Erfordernisse des aufzunehmenden Protokolls schreibt § 1919

vor. Die §§ 1920—23 enthalten besondere Bestimmungen über die Aufnahme von Testamenten schreibens- oder lesensunkundiger, stummer oder der deutschen Sprache nicht mächtigen Personen. In § 1924 sind der Landesgesetzgebung weitere Vorschriften über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden vorbehalten, deren Rechtbefolgung jedoch die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung nicht beeinträchtigt; nur bezüglich der Folgen der Unzuständigkeit eines Beamten bleiben nach Art. 91 Abs. 2 des E. z. B. G. die Vorschriften der Landesgesetze unberührt. — Als außerordentliche Testamentsformen läßt der Entwurf zu 1. die Aufnahme durch den Vorsteher einer Gemeinde oder eines landesgesetzlich gleichstehenden Verbandes unter Zuziehung von zwei Zeugen mit Beobachtung der sonstigen für das öffentliche Testament vorgeschriebene Formen, wenn die Besorgniß begründet ist, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung in ordentlicher Testamentsform möglich ist, und im Fall einer Absperrung in Folge ausgebrochener Krankheit oder sonstiger außerordentlicher Umstände, welche die Beobachtung der ordentlichen Testamentsform unmöglich macht oder erheblich erschwert (§§ 1925, 27). 2. im gleichen Falle der Absperrung und während einer Seereise auf einem Deutschen nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Schiffe außerhalb eines inländischen Hafens a) eine vom Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages der Errichtung eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung, b) eine mündliche Erklärung vor drei Zeugen unter Aufnahme eines Protokolls mit Beobachtung gewisser Formvorschriften des öffentlichen Testaments (§§ 1927—29), 3. für Gesandte und Berufskonsuln des Reiches und die zu der Gesandtschaft oder dem Konsulate gehörenden im Reichsdienste stehenden Personen während ihres Aufenthaltes im Auslande die gleiche schriftliche Erklärung wie unter 2b, welche jedoch mit einem denselben Erfordernissen genügenden Annahmegesuche dem Reichskanzler offen oder verschlossen übersandt werden muß (§ 1931). Alle diese Verfügungen gelten jedoch als nicht errichtet, wenn in den Fällen unter 1. und 2. drei Monate seit der Errichtung, im Falle unter 3. ein Jahr seit der Rückkehr des Erblassers, nachdem er zurückberufen worden, verflossen sind und der Erblasser noch am Leben ist (§§ 1926, 28, 30 und Abs. 2). Außerdem bleibt § 44 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 über die Testamente von Militärpersonen in Kriegszeiten oder während eines Belagerungszustandes in Geltung und wird durch Art. 26 des E. z. B. G. auf die Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes

oder Fahrzeuges der Kaiserlichen Marine außerhalb eines inländischen Hafens und andere darauf befindliche Personen entsprechend ausgedehnt. Eine letztwillige Verfügung kann nur in der zu ihrer Errichtung erforderlichen Form (§ 1933) oder durch Vernichtung der Testamentsurkunde widerrufen werden. Durch die spätere Errichtung einer anderen letztwilligen Verfügung wird die frühere nur insofern aufgehoben, als jene mit dieser in Widerspruch steht (§ 1936). Die §§ 1937—39 enthalten Vorschriften über die Ablieferung von Testamentsurkunden an das Nachlaßgericht, über die Urkundung letztwilliger Verfügung und die Mittheilung des Inhalts an die Betheiligten.

Die vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen kennt der Entwurf in der doppelten Gestalt des Erbeinsetzungsvertrages (§ 1940), der zugleich Vermächtnisse und Auflagen enthalten kann (§ 1955) und des bloßen Vermächtnißvertrages (§ 1962). In beiden Gestalten kann der Vertrag nur durch persönliche Erklärung des Erblassers (§ 1941), von dem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten auch nicht mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 1942) und überhaupt nur in der ordentlichen Testamentsform mit mündlicher Erklärung (§ 1943) geschlossen werden, statt deren jedoch der Vertragschließende, welcher stumm oder zu sprechen verhindert ist, seine Erklärung in der Verhandlung niederschreiben kann (§ 1944). Auf Verlangen der Betheiligten ist die Urkunde verschlossen in Verwahrung zu nehmen und sind, wenn das geschehen, nach eingetretenem Erbfalle die Verfügungen des Erblassers, aber nicht die des andern Vertragschließenden zu verkünden und zur Kenntniß der Betheiligten zu bringen (§ 1945). Die Erfordernisse der letztwilligen Erbeinsetzung gelten auch für den Erbvertrag (§ 1946), für die Wirkungen des Mangels der Uebereinstimmung des wirklichen mit dem erklärten Willen finden die Vorschriften des allgemeinen Theils über Willensmängel Anwendung (§ 1947). Der Erbvertrag kann aus denselben Gründen angefochten werden, wie die letztwillige Verfügung, wegen des von einem Dritten verübten Betruges jedoch nur mit der allgemeinen Einschränkung, daß dieser dem andern vertragschließenden Theile bekannt gewesen ist. Zur Anfechtung berechtigt ist der Erblasser binnen Jahresfrist nach Aufhören des Zwangs oder Kenntniß des sonstigen Anfechtungsgrundes; durch seine Genehmigung wird der Vertrag unanfechtbar; diese kann wie die Anfechtung nur durch den Erblasser selbst, nicht durch einen Vertreter, auch nicht den gesetzlichen

erfolgen; der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erblasser kann nicht genehmigen, aber selbständig anfechten. Nach eingetretenem Erbfall kann der Erbvertrag ferner unter den gleichen Voraussetzungen und von denselben Personen wie die letztwillige Verfügung angefochten werden, jedoch nicht mehr, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers bereits erloschen ist (§§ 1948—49). Die Annahme einer vertragsmäßigen Erbeinsetzung enthält im Zweifel keinen Verzicht des Eingesetzten auf ein ihm zustehendes gesetzliches Erbrecht (§ 1950). Durch den Erbeinsetzungsvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt (§ 1951); die in einer Anmerkung zu diesem Paragraphen im Entwurf angekündigte Vorschrift des Einführungsgesetzes, daß nach Abschluß eines Erbeinsetzungsvertrages der Antrag auf Entmündigung des Erblassers wegen Verschwendung auch von dem andern Vertragschließenden gestellt werden könne, findet sich im Entwurf des Einführungsgesetzes nicht. Nur die Schenkungen des Erblassers nach Abschluß des Vertrags sind durch § 1952, soweit sie nicht durch eine sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht gerechtfertigt werden, dahin beschränkt, daß nach eingetretenem Erbanfall der Vertragserbe von dem Beschenkten die Herausgabe der Bereicherung binnen drei Jahren fordern und die Erfüllung eines Schenkungsversprechens verweigern kann. Auf die Erben des Vertragserben geht dessen Recht nur über, wenn er den Erblasser überlebt hat (§ 1954). Auch das im Erbeinsetzungsvertrage enthaltene Vermächtniß gilt im Zweifel als bindend, sonst finden für die im Vertrage enthaltenen Verfügungen von Todeswegen die Vorschriften über letztwillige Verfügungen Anwendung (§ 1956). Der Erbvertrag und jede bindende Verfügung desselben kann nur durch einen unter den Vertragschließenden mit den gleichen Erfordernissen zu schließenden Vertrag aufgehoben werden; der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erblasser bedarf zur Aufhebung nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 1957); nicht bindende Verfügungen, welche im Vertrage enthalten sind, können wie letztwillige Verfügungen widerrufen und aufgehoben werden (§ 1960). Die §§ 1958, 1959, 1961 enthalten Bestimmungen über den vorbehaltenen Rücktritt und die bei beiderseitigen Verfügungen den ganzen Vertrag treffende Wirkung der nur auf einer Seite eingetretenen Ungültigkeit. — Für den Inhalt des Vermächtnißvertrages gelten die Vorschriften über das im Erbeinsetzungsvertrage bindend erklärte Vermächtniß (§ 1962 Abs. 2). Auf Schenkungen von Todes-

wegen, welche nur ein Schenkungsversprechen enthalten, finden die Vorschriften über den Erbvertrag, wenn sie durch Veräußerung vollzogen sind, die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung (§ 1963).

Für die gesetzliche Erbfolge hat der Entwurf die sogenannte Parentelenordnung des deutschen Rechts gewählt, deren einzelne Stufen er abweichend von dem bei Abstammungsverhältnissen gebräuchlichen Sinn des Wortes „Linien" nennt. In der „ersten Linie" erben hiernach die Abkömmlinge des Erblassers wie in den geltenden Rechten, d. h. Kinder zu gleichen Theilen und mit Repräsentanten vorverstorbener Kinder nach Stämmen (§ 1965). In der „zweiten Linie" stehen die Eltern des Erblassers, sowie deren gemeinschaftliche und einseitige Abkömmlinge, d. h. voll- und halbbürtige Geschwister des Erblassers und die Abkömmlinge vorverstorbener durch Repräsentation. In dieser Linie geht der Entwurf von einer Scheidung der väterlichen und mütterlichen Seite aus derart, daß jeder überlebende Elterntheil für die Hälfte der Erbschaft seine Abkömmlinge ausschließt; sind Abkömmlinge eines von dem Erblasser verstorbenen Elterntheils nicht vorhanden, so ist der überlebende Elterntheil alleiniger Erbe (§ 1966). In der dritten Linie stehen die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge: hier schließt der Entwurf die letzteren zu Gunsten der ersteren gänzlich aus, der Art, daß auch nur ein den Erblasser allein überlebender Großelterntheil Alleinerbe wird, mehrere überlebende Großelterntheile ohne Unterschied der Seite die Erbschaft zu gleichen Antheilen erhalten. Hat keiner von ihnen den Erblasser überlebt, so erbt von ihren Abkömmlingen der jenem dem Grade nach am nächsten verwandte (also der Oheim mit Ausschluß aller Vettern) (§ 1968); das Gleiche geschieht dann in jeder folgenden Linie (§ 1969), deren jede, so lange ein Verwandter in ihr vorhanden ist, die folgende ausschließt (§ 1970). Eine Grenze der gesetzlichen Erbfolge hat der Entwurf nicht gezogen. — Neben den Verwandten aber ist der überlebende Ehegatte des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge berufen und zwar neben der ersten Linie zu einem Viertel, neben der zweiten Linie und neben einem oder mehreren Großelterntheilen zur Hälfte der Erbschaft und mit Ausschluß aller andern Verwandten zur ganzen Erbschaft. Außerdem erhält der neben Verwandten der zweiten und dritten Linie erbende Ehegatte als Voraus das Hausinventar, welches die Ehegatten im gewöhnlichen Gebrauche hatten, soweit es nicht Zubehör eines Grund-

stücks ist und die Hochzeitsgeschenke; dieser Voraus wird wie ein Vermächtniß behandelt (§ 1971). Ein gesetzlicher Erbe, welcher wegen Erbverzichts oder Ausschließung oder Erbunwürdigkeit ausfällt oder die Erbschaft ausschlägt, wird in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge als vor dem Erbfalle gestorben angesehen (§ 1972).

An Stelle der Erbfolge des überlebenden Ehegatten neben gemeinschaftlichen Abkömmlingen tritt im System der allgemeinen Gütergemeinschaft die gütergemeinschaftliche Erbfolge der §§ 1383—95 ein, wenn der überlebende Ehegatte sie nicht ausschlägt (§ 1386), in welchem Falle die Erbfolge so behandelt wird, als ob Gütergemeinschaft nicht bestanden hätte; und nach dieser Voraussetzung wird auch das Verhältniß zwischen dem überlebenden Ehegatten und einseitigen Abkömmlingen des verstorbenen geordnet, insbesondere ihre Erbfolge in Vorbehalts- und Sondergut (§ 1395). Hat ein solcher Abkömmling auf die Erbschaft verzichtet oder ist er durch den Erblasser ausgeschlossen, so kann dieser über den gemäß § 1972 dem überlebenden Ehegatten anwachsenden Bruchtheil von Todes wegen verfügen (§ 1385), auch kann der Erblasser, welcher dem überlebenden Ehegatten den Pflichttheil entziehen könnte, ebenso die gütergemeinschaftliche Erbfolge entziehen (§ 1387) und dasselbe kann die Ehefrau, welche berechtigt wäre, die Auflösung der Gütergemeinschaft zu verlangen (Abs. 2). Nur mit Zustimmung des andern Ehegatten in gerichtlicher oder notarieller Form (§ 1390) kann der Erblasser einen gemeinschaftlichen Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausschließen (§ 1388) oder seinen Antheil bei der Auseinandersetzung derselben bis zur Hälfte herabsetzen und andererseits bestimmen, daß einer derselben das ganze Gesammtgut gegen Ersatz des Werthes erhalte (§ 1389). Uebrigens finden auf die gemeinschaftlichen Abkömmlinge die Vorschriften über den Pflichttheil (§§ 1388—91), Erbunwürdigkeit (§ 1392) und Erbverzicht (§ 1393) Anwendung. Im Weiteren ist das Verhältniß des überlebenden Ehegatten zu den gemeinschaftlichen Abkömmlingen unter dem Eltern- und Kindesverhältniß (s. o.) erwähnt; dem einseitigen Abkömmlinge gegenüber hat bezüglich der Ausgleichung des Vorempfangenen der überlebende Ehegatte die Rechte und Pflichten, welche die gemeinschaftlichen Abkömmlinge als Erben haben würden (§ 1394). — § 1974 behandelt das in Ermangelung anderer Erben eintretende Erbrecht des Fiskus; nach Art. 82 des Entwurfs zum Einführungsgesetz bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen dieses Erbrecht

anderen Personen zusteht, und nach Art. 81 auch diejenigen, nach welchen dem Fiskus oder einer andern juristischen Person in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein Erbrecht, ein Pflichttheilsanspruch oder ein Recht auf bestimmte Sachen zusteht.

Ein Pflichttheilsrecht erkennt der Entwurf nur den zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Abkömmlingen, Eltern und überlebenden Ehegatten zu, und zwar für die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils, der ihnen ohne entgegenstehende Verfügung von Todes wegen zustehen würde (§ 1975), wobei jedoch für den Ehegatten der Voraus nicht in Betracht kommt (Abs. 2). Der Pflichttheil bestimmt sich nach dem Bestande des Vermögens des Erblassers zur Zeit des Erbfalles (§ 1985). Neben diesem ordentlichen Pflichttheil kennt jedoch der Entwurf einen außerordentlichen (§ 2009), bei dessen Berechnung der Gegenstand einer vom Erblasser gemachten Schenkung bezw. der Werth verschenkter, verbrauchbarer Sachen zur Zeit der Schenkung als im Nachlasse noch vorhanden anzusehen ist. Dieser außerordentliche Pflichttheil steht nur denjenigen Pflichttheilsberechtigten zu, welche zur Zeit der Schenkung vorhanden und zur gesetzlichen Erbfolge sofort oder bei Wegfall näherer Erben berufen waren, sowie für deren Abkömmlinge und die des Erblassers aus einer zur Zeit der Schenkung bestehenden Ehe. — Die Zuwendung des Pflichttheils ohne nähere Bestimmung ist im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen (§ 1977). Die §§ 1979—82 handeln von der Ergänzung des Pflichttheils, wenn dem Berechtigten eine Zuwendung gemacht ist, welche den Pflichttheil nicht erreicht. Bei der Feststellung der Größe des Pflichttheils werden diejenigen Personen mitgezählt, welche die Erbschaft ausgeschlagen haben oder durch letztwillige Verfügung oder Verzicht ausgeschlossen oder für erbunfähig erklärt sind (§ 1984). Die §§ 1986—90 handeln von der Berechnung des Pflichttheils; nach § 1989 sind auf den Betrag desselben abzurechnen Zuwendungen des Erblassers an den Berechtigten, bei welchen jener die Abrechnung angeordnet hat, Ausstattungen, welche zur Ausgleichung unter den Miterben zu bringen sind, wenn der Erblasser die Abrechnung nicht ausgeschlossen hat, endlich die durch Veräußerung vollzogenen Schenkungen von Todeswegen. — Der Pflichttheilsanspruch kommt für den Berechtigten Kraft des Gesetzes zur Entstehung mit dem Erbfalle; er ist vererblich und übertragbar, aber der Pfändung gegen den Berechtigten unterworfen und zu dessen Konkursmasse zu ziehen nur

dann, wenn er bereits gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemacht ist (§ 1992). Der Anspruch verjährt in drei Jahren seit Kenntniß des Berechtigten von dem Eintritt des Erbfalls und der sein Recht verbürgenden Verfügung, spätestens aber in dreißig Jahren seit dem Erbfall (§ 1999). Die §§ 1993—98 ordnen die Vertheilung der Last des Pflichttheilsanspruchs zwischen Erben und Vermächtnißnehmern. — Entzogen werden kann der Pflichttheil den Abkömmlingen und den Eltern des Erblassers wegen Lebensnachstellung und falscher Anschuldigung gegen den Erblasser oder seinen Ehegatten, wegen Meineids zum Nachtheile eines derselben, wegen Ehebruchs mit dem Ehegatten des Erblassers und wegen böswilliger Nichtgewährung des Unterhalts (§ 2001 Nr. 1, 3, 6 und § 2003); den Abkömmlingen außerdem wegen vorsätzlicher Mißhandlung des Erblassers und seines Ehegatten, wenn dieser ein leiblicher Eltern- oder Vorelterntheil des Abkömmlings ist, sowie wegen einer ohne elterliche Einwilligung geschlossenen Ehe (§ 2001 Nr. 2, 7); dem Ehegatten endlich wegen einer die Scheidung oder Trennung der Ehe begründenden Handlung (§ 2005). Die Entziehung ist oder wird unwirksam, wenn bis zum Erbfall zwischen Eltern und Abkömmlingen die sie begründende Handlung verziehen ist, unter Ehegatten zur Zeit des Erbfalls das Recht auf Scheidung oder Trennung nicht mehr besteht (§§ 2004, 2005 Abs. 2). Die Entziehung muß durch letztwillige Verfügung unter Angabe des rechtfertigenden Grundes erfolgen, dessen Beweis demjenigen obliegt, welcher die Entziehung geltend macht (§§ 2006 bis 2008). Die §§ 2011, 2012 betreffen die Ergänzung des außerordentlichen Pflichttheils, die §§ 2013—16 die Haftung für denselben, welche den Erben nur in Ansehung desjenigen Erbtheils trifft, den er ohne Verfügung des Erblassers nicht erhalten haben würde, weiterhin aber den Beschenkten und zwar den früher Beschenkten erst nach dem später Beschenkten trifft. Zum außerordentlichen Pflichttheil berechtigt nicht die durch eine sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht gerechtfertigte Schenkung (§ 2018).

Auf die gesetzliche Erbfolge kann von einem Verwandten und von dem Ehegatten durch Vertrag mit dem Erblasser in den Formen des Erbvertrags verzichtet und der Verzicht wieder aufgehoben werden (§§ 2019, 2020). Der Erbverzicht hat auch den Verlust des Pflichttheilsrechts zur Folge (§ 2019). Der Vertrag kann aber auch auf die Ausschließung des Pflichttheilsrechts beschränkt (Abs. 3), er kann andererseits mit einem Erbvertrage verbunden, oder es können in

dem Vertrage über den Erbverzicht letztwillige Verfügungen wie in dem Erbvertrage getroffen werden (§ 2021). Ein Verzicht nur zu Gunsten einer bestimmten Person gilt im Zweifel für unwirksam, wenn diese nicht zur Erbfolge berufen wird oder die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird (§ 2022). Wenn in Folge des Erbverzichts ein Abkömmling des Verzichtenden an dessen Stelle zur gesetzlichen Erbfolge gelangt, so ist die für den Verzicht gewährte Gegenleistung gegenüber den Miterben zur Ausgleichung und auf das etwaige Pflichttheilsrecht des Abkömmlings in Anrechnung zu bringen (§ 2023). In den Formen des Erbverzichts kann auch der durch Vertrag als Erbe Eingesetzte oder mit einem Vermächtnisse Bedachte dem Erblasser gegenüber jederzeit auf die Erbfolge oder Zuwendung verzichten (§ 2024).

Das Recht, eine angefallene Erbschaft auszuschlagen, geht auf die Erben des Erben im Verhältnisse ihrer Erbtheile über, wenn dieser innerhalb der Ausschlagungsfrist gestorben ist, und diese erstreckt sich für dessen Erben bis zum Ablauf der Frist für die Ausschlagung ihrer Erbschaft (§§ 2028. 31). Die Frist beträgt sechs Wochen von erlangter Kenntniß des Erbschaftsanfalls und des Anfallsgrundes, und wenn dieser eine letztwillige Verfügung oder ein verschlossen aufbewahrter Erbvertrag ist, frühestens von deren Verkündigung an; wenn der Erbe bei Beginn der Frist sich im Auslande aufhält oder der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande hatte, beträgt die Frist sechs Monate (§ 2030) und für die pflichttheilsberechtigten Erben beginnt sie im Falle einer Beschränkung, Beschwerung oder Belastung seines Erbtheils erst von erlangter Kenntniß dieser Verkürzung (§ 2034). Wenn ein Erbe aus dem gleichen Berufungsgrunde (z. B. als Verwandter in mehreren Stämmen oder zugleich als Ehegatte, aus mehreren letztwilligen Verfügungen oder mehreren Erbverträgen) zu mehreren Erbtheilen berufen ist, so gilt die Annahme oder Ausschlagung eines Erbtheils auch für die andern selbst erst später anfallenden; die aus verschiedenen Berufsgründen angefallenen Erbtheile sind einzeln auszuschlagen, beides jedoch nur, wenn eine gegentheilige Absicht des Erblassers nicht erhellt (§ 2037). Der gesetzliche Erbe kann als solcher unter Ausschlagung des Erbanfalls aus Erbeinsetzung, und der zugleich durch letztwillige Verfügung und Vertrag eingesetzte Erbe die Erbschaft aus dem einen oder dem andern Grunde ausschlagen und annehmen; im Zweifel ist die Ausschlagung auf alle Berufungsgründe zu beziehen (§ 2038). Vor

dem Anfall kann die Erbschaft nur von dem als Ersatzerbe berufenen Pflichttheilsberechtigten ausgeschlagen werden (§ 2333. 34 Abs. 2). Die Annahme der Erbschaft kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (§ 2029). Die Ausschlagung muß gegenüber dem Nachlaßgerichte in öffentlich beglaubigter Form erklärt werden (§ 2032) und bedarf es dazu für den unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden Erben der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 2043), ausgenommen, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt für sich selbst die Erbschaft ausschlägt und erst dadurch das Kind und nicht als dessen Miterbe berufen wird (§ 2044). Annahme und Ausschlagung können weder bedingt noch betagt werden (§ 2035) und sind unwiderruflich (§ 2039), aber anfechtbar wegen Drohung und Betrugs und von Seiten eines Pflichttheilsberechtigten auch wegen Irrthums, wenn er den Wegfall einer Beschränkung oder Beschwerung oder Pflichttheilslast nicht gekannt hat (§§ 2040. 41). Die Anfechtung der Ausschlagung muß binnen einer Frist von sechs Wochen oder sechs Monaten (mit der gleichen Unterscheidung wie bei der Ausschlagung) nach Aufhören der Zwangslage oder des Irrthums, spätestens aber binnen dreißig Jahren nach der Ausschlagung, die Anfechtung der Annahme in Verbindung mit der Ausschlagung innerhalb der Ausschlagungsfrist gegenüber dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form erklärt werden. Die ausgeschlagene Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen gewesen wäre, wenn der Ausschlagende den Erbenden nicht überlebt hätte und der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt (§ 2043).

Erbunwürdig ist, wer vorsätzlich und widerrechtlich den Erblasser getödtet oder ihn zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung unfähig gemacht oder ihn an der Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todeswegen gehindert oder ihn durch Drohung oder Betrug zu einer solchen bestimmt oder in Ansehung einer solchen sich einer Urkundenfälschung schuldig gemacht hat (§ 2045). Der Anfall der Erbschaft an einen Erbunwürdigen kann nach Eintritt desselben, bei einem Nacherben schon nach angetretenem Erbfalle, von dem durch jenen ausgeschlossenen Erben binnen Jahresfrist von Kenntniß des Grundes an und spätestens binnen dreißig Jahren nach dem Erbanfalle durch Erhebung einer Klage angefochten werden (§§ 2046. 47). Die Erbunwürdigkeitserklärung, welche durch Verzeihung der sie begründenden Handlung durch den Erblasser ausgeschlossen wird (§ 2050), hat mit Rechtskraft des Urtheils die Wirkung der Ausschlagung

(§ 2048) und entzieht dem Erbunwürdigen auch das Pflichttheilsrecht (§ 2049); der Anfechtende kann die Erbschaft nicht ausschlagen (§ 2048 Abs. 2).

Zufolge des gesetzlichen Erbanfalls gehen die zum Vermögen des Erblassers gehörenden Rechte kraft des Gesetzes auf den Erben über (§ 2051), aber nicht Besitz und Innhabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen (§ 2052). Doch stehen ihm wegen verbotener Eigenmacht und Erlangung des Besitzes oder der Innhabung an Erbschaftssachen durch Dritte dieselben Rechte zu, wie wenn er mit dem Erbfalle Besitzer oder Inhaber der Sache geworden wäre (§ 2054). Die Wirksamkeit der von dem Erben über Nachlaßsachen getroffenen Verfügungen und der von ihm über erbschaftliche Rechte geschlossenen oder ihm gegenüber von Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird durch die spätere Ausschlagung der Erbschaft nicht berührt (§ 2056), und dies gilt zu Gunsten des gutgläubigen Dritten auch von demjenigen, welchem unrichtiger Weise ein Erbschein ertheilt ist für die Zeit bis zur Rücklieferung desselben an das Nachlaßgericht (§ 2077). Vor der Annahme der Erbschaft ist der Erbe nicht verpflichtet, einen zwischen dem Erblasser und einem Dritten anhängig gewordenen Rechtsstreit fortzusetzen oder auf einen gegen ihn als Erben erhobenen Rechtsstreit sich einzulassen; Zwangsvollstreckung und Arrest sind in dieser Zeit wegen eines solchen Anspruchs nur gegen den Nachlaß, wegen einer eigenen Verbindlichkeit des Erben nicht gegen den Nachlaß zulässig (§ 2057); dem Erben, welcher für Befriedigung des Nachlaßgläubigers nicht sorgt, ist auf dessen Antrag von dem abwesenden Erben ein Nachlaßpfleger vom Nachlaßgericht zu bestellen (§ 2059). Hiernach soll gemäß Art. 11 des Entwurfs zum Einführungsgesetz der jetzige § 694 der Civilprozeßordnung wegfallen und an dessen Stelle der zweite Absatz des § 693 mit der Aenderung treten, daß für den Schuldner der Erbe oder der Nachlaßfolger zur Zwangsvollstreckung zuzuziehen ist.

§ 2058 bestimmt, welche Maßregeln zur Sicherheit des Nachlasses bei Abwesenheit oder mangelnder Vertretung des vertretungsbedürftigen Erben das Nachlaßgericht zu treffen hat, soweit dazu nicht ein Testamentsvollstrecker vom Erblasser berufen ist. Die §§ 2060—66 ordnen die Stellung des Nachlaßpflegers, gegen welche alle gegen den Erben als solchen zu richtenden Ansprüche geltend gemacht werden können. Das Nachlaßgericht hat, wenn der Erbe sonst nicht zu ermitteln ist, nach angemessener Frist eine öffentliche

Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte zumeist der §§ 825—27 der Civilprozeßordnung zu erlassen, und wenn keine Anmeldung erfolgt oder der Anmeldende nicht innerhalb dreier Monate nach Ablauf der Frist sein Erbrecht nachweist oder Klage gegen den Fiskus erhoben hat, dem letzteren auf Antrag den Erbschein zu ertheilen (§ 2067). — Die §§ 2069, 70 enthalten die Voraussetzungen des Antrages auf Ertheilung des Erbscheins und des zur Unterstützung desselben zu erbringenden Nachweises. Das Nachlaßgericht hat den Erbschein nur dann zu ertheilen, wenn es von dem Erbrechte des Antragstellers überzeugt ist, wozu es die nöthigen Ermittelungen zu bewirken und Beweise aufzunehmen hat (§ 2071). Der Erbschein soll nicht ertheilt werden, so lange ein Rechtsstreit über die Erbschaft anhängig ist (Abs. 2). Das Nachlaßgericht kann vor Ertheilung des Erbscheins die öffentliche Aufforderung des § 2067 erlassen und auch nach der Ertheilung seine Ermittelungen fortsetzen; es hat, falls es sich von der Unrichtigkeit des Erbscheins überzeugt, diesen von Amtswegen einzuziehen und nöthigenfalls für kraftlos zu erklären unter Bekanntgebung dieses Beschlusses nach den für öffentliche Ladungen bestehenden Vorschriften, worauf nach Ablauf eines Monats der Beschluß wirksam ist. § 2074 bestimmt das Verhältniß zwischen dem wirklichen Erben und dem Inhaber eines unrichtigen Erbscheins, § 2075 über die im Erbschein anzugebenden Beschränkungen. Der Erbschein begründet die Vermuthung, daß der in demselben als solcher Bezeichnete in dem angegebenen Umfange und unter keinen anderen als den angegebenen Beschränkungen Erbe sei (§ 2076). Ueber das Erbrecht an einem inländischen Grundstücke oder einem Rechte, über welches von einer inländischen Behörde ein Buch oder Register geführt wird, ist ein Erbschein von dem Nachlaßgericht der belegenen Sache oder des Bezirks, in welchem das Buch geführt wird, zu ertheilen. Ueber andere dem Erben vom Naßlaßgericht auszustellenden Zeugnisse handelt § 2078.

Der Erbschaftsanspruch geht gegen denjenigen, welcher auf Grund eines von ihm in Anspruch genommenen Erbrechts dem Erben einen Erbschaftsgegenstand vorenthält (§ 2080); der Erbschaftsbesitzer kann verlangen, daß seine Verpflichtungen nach den Bestimmungen über den Erbschaftsanspruch auch dann beurtheilt werden, wenn der Erbe den besonderen Anspruch wegen eines Erbschaftsgegenstandes geltend macht (§ 2081). Als Erbschaftsgegenstände gelten auch die im Besitz oder Innhabung des Erblassers gewesenen

Sachen, die auf Grund eines Erbschaftsrechts oder als Ersatz und die durch ein auf die Erbschaft sich beziehendes Rechtsgeschäft erworbenen Gegenstände, und die Nutzungen (§ 2081). Der Erbschaftsbesitzer hat über die Erbschaftsgegenstände und deren Verbleib dem Erben Auskunft zu geben (§ 2082), und soweit er zur Herausgabe außer Stande ist, nach den Bestimmungen über die Rückgewähr einer geleisteten Nichtschuld Ersatz zu gewähren (§ 2083), kann aber Vergütung aller Verwendungen, insbesondere für Tilgung einer Nachlaßverbindlichkeit Zug um Zug fordern (§ 2084). Vom Zeitpunkte der erlangten Kenntniß, daß er nicht Erbe ist, und spätestens von der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an ist das Verhältniß zwischen dem Erben und dem Erbschaftsbesitzer nach den Vorschriften über das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Besitzer von Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an zu beurtheilen (§ 2085), ebenso treten die Rechtswirkungen des Verzugs und vorsätzlicher, unerlaubter Handlungen entsprechend ein (§ 2086). Beim Ersatz von Verwendungen und Beurtheilung der Bereicherung kommt die Erbschaft als Ganzes in Betracht (§ 2087). Die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch finden auch auf den in Folge einer Todeserklärung erlangten Erbschaftsbesitz entsprechende Anwendung (§ 2089) und die Verfügungen dieses Besitzers über die Erbschaft sind zu Gunsten des gutgläubigen Dritten wirksam (§ 2090), wie dies auch von den Verfügungen eines eingesetzten Erben gilt, dessen Einsetzung angefochten ist (§ 2091).

Den Grundsatz des Uebergangs kraft Gesetzes auf den Erben wendet § 2051 auch auf die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers an, soweit sie nicht mit dessen Tod erlöschen. Aber das „Inventarrecht“, welches der Entwurf dem Erben gewährt, um ihn gegen Benachtheiligung durch Unzulänglichkeit des Nachlasses zu schützen (§ 2092), ist in der That ein ganz anderes Institut, als das bisher unter diesem Namen bekannte. Der Erbe wird nicht „Inventarerbe“ durch Einhaltung einer gesetzlichen Frist für die Errichtung eines Inventars, sondern er ist „Inventarerbe“, so lange sein Inventarrecht nicht durch Verzicht (§ 2094), durch Nichterrichtung des Inventars in der durch die §§ 2181—87 vorgeschriebenen Weise binnen der ihm auf Antrag eines Gläubigers (§ 2096) vom Nachlaßgericht zu bestimmenden Frist von mindestenst 1 bis höchstens 3 Monaten (§ 2097) von Zustellung des Beschlusses an, welche nach dem Ermessen des Gerichts verlängert und

(§ 2098) bei Behinderung des Erben durch höhere Gewalt neu bestimmt werden kann, endlich durch Fälschung des Inventars (§ 2106) erloschen ist (§ 2120). Das Inventarrecht hat seine Spitze in der Abzugseinrede, mit welcher der Erbe einem Nachlaßgläubiger auf dessen Forderung den Betrag in Abzug bringen kann, mit welchem der Gläubiger im Nachlaßkonkurse ausfallen würde (§ 2133). Bei Feststellung des abzuziehenden Betrages finden die sehr eingehenden Vorschriften der §§ 2110—19 über den Nachlaßkonkurs und die besonderen Bestimmungen der §§ 2134—39 Anwendung. Der Erbe kann aber auch, vorausgesetzt, daß die Annahme der Erbschaft erfolgt und seitdem nicht zwei Jahre verstrichen sind und das Inventar errichtet ist, das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nach den Vorschriften der §§ 824—36 der Civilprozeßordnung und der §§ 2121—33 veranlassen. Ein ausgeschlossener Gläubiger kann die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht beantragen und an demselben seine Forderung nicht geltend machen (§ 2128), es kommt ihm auch der nach dem Ausschlußurtheil erklärte Verzicht des Erben auf das Inventarrecht nicht zu Statten (§ 2129), er kann aber seine Forderung gegen den Erben noch soweit geltend machen, als der Werth des Nachlasses zur Zeit des Ausschlußurtheils durch Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger nicht erschöpft wird und zur Zeit der Geltendmachung der Erbe noch bereichert ist (§ 2127). Das Inventarrecht kann weder durch eine Anordnung des Erblassers noch durch einen Vertrag desselben mit dem Erben ausgeschlossen werden (§ 2093). Die Ausschließung desselben durch Vertrag des Erben mit einem Nachlaßgläubiger oder durch Nichtgeltendmachung im Rechtsstreite oder unterbliebenen Vorbehalt im Urtheile, den der Erbe verlangen kann (§ 2140) oder Aberkennung wirkt nicht zu Gunsten anderer Gläubiger (§ 2108). Ist das Inventarrecht erlassen, so kann der Konkurs über den Nachlaß nur noch eröffnet werden, wenn er über das Vermögen des Erben eröffnet ist (§§ 2109—50). In dem Rechtsstreit über die Abzugseinrede, der auch noch gemäß § 686 der Civilprozeßordnung geführt werden kann (§ 2141), ist auf Verlangen des Nachlaßgläubigers die Leistung des Offenbarungseides durch den Erben durch Beschluß anzuordnen (§ 2142). Die §§ 2148, 49 bestimmen über die Anwendung des Inventarrechts bei ehelicher Gütergemeinschaft.

Auf das Rechtsverhältniß unter Miterben finden die Vorschriften über Gemeinschaft Anwendung (§ 2152). Der Erblasser kann für die Auseinandersetzung, insbesondere die Art der Theilung durch Ver-

fügung von Todeswegen Anordnung treffen (§ 2152), insbesondere die Aufhebung der Gemeinschaft ganz oder in Ansehung einzelner Nachlaßgegenstände untersagen; die Anordnung tritt aber mit Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall außer Kraft und ist für den Konkursverwalter im Konkurse über das Vermögen eines Miterben nicht bindend (§ 2153). Die Auseinandersetzung ist ausgeschlossen, so lange eine erbberechtigte Person geboren werden kann und für eine auf einen Bruchtheil als Erbe eingesetzte Stiftung die Genehmigung des Staates noch aussteht (§ 2154). Die §§ 2157—62 ordnen die Ausgleichungspflicht unter den Miterben wegen Vorempfangs. Es unterfällt derselben, was der Erblasser einem Abkömmlinge zur Ausstattung bei Verheirathung, Errichtung eines eigenen Hausstandes, Uebernahme eines Amts und Begründung eines Erwerbsgeschäfts zugewendet hat (aber nicht die Kosten der Vorbildung zu einem Lebensberufe), sofern nicht der Erblasser die Ausgleichung ausgeschlossen — und jede andere Zuwendung, bei welcher er die Ausgleichung angeordnet hat. Die Ausgleichung ist in der Weise zu gewähren, daß der Verpflichtete jedem Berechtigten so viel zu entrichten hat, als auf diesen bei Vertheilung eines dem Vorempfang nach dessen Werth zur Zeit der Zuwendung entsprechenden Geldbetrags entfallen würde (§ 2163). Der Berechtigte kann verlangen, daß ihm dieser Betrag bei der Auseinandersetzung aus dem Antheil des Verpflichteten zugewiesen werde (§ 2164 Abs. 3).

Register

zu den Gutachten aus dem Anwaltstande.

I. Verzeichniß nach der Buchstabenfolge.

A.

B.

C.

D.

E.

H.

K.

L.

M.

N.

O.

P.

T.

U.

V.

W.

Z.

II. Verzeichniß der abgehandelten Paragraphen des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuche und zum Einführungsgesetze.

a) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

b) Bürgerliches Gesetzbuch.

W. Moeser Hofbuchdruckerei, Berlin S., Stallschreiberstraße 34. 35.

Mit dem Ablaufe der für die Begutachtung der ersten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich gesetzten Frist hat auch der Deutsche Anwaltverein seine den hochwichtigen Gesetzentwurf behandelnden Arbeiten abgeschlossen. Der Vorstand giebt in den Anlagen das Verzeichniß der 31 Gutachter und eine Uebersicht der Ergebnisse ihrer Arbeiten, welche in Verbindung mit der ebenfalls angeschlossenen kurzen Darstellung des Inhalts des Entwurfs, dessen Verständniß, sowie die Erkenntniß seiner Vorzüge und Mängel zu erleichtern bestimmt ist. Der Vorstand darf hierbei zu seiner Freude die Gelegenheit wahrnehmen, den Gutachtern, welche neben mühevoller Berufsthätigkeit ermöglicht haben, mit bewährter Sorgfalt, Wissenschaftlichkeit und Erfahrung bei der Fortbildung des in Angriff genommenen großen vaterländischen Werkes mitzuwirken, und ebenso dem zur Leitung der Gutachten aus dem Anwaltsstande niedergesetzten Ausschusse für ihre opferfreudige Thätigkeit seinen wärmsten Dank auszusprechen.

Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins hat aber noch eine andere Ehrenpflicht zu erfüllen. Den Verfassern des Entwurfs sind nach dessen Erscheinen nicht überall freundliche Worte gesagt worden. Unserer Meinung nach haben sie sich um das

Vaterland wohl verdient gemacht. Wer die verschlungenen und auseinanderstrebenden Wege kennt, welche jahrhundertelanges Mißgeschick der Rechtsentwickelung unseres Vaterlandes gewiesen hat, der vermag auch die ungeheuren Schwierigkeiten zu ermessen, welche die Kommission zu überwinden hatte, um ein einheitliches den Anforderungen der Jetztzeit entsprechendes Werk zu schaffen. Das ist ihr gelungen. Freilich hätte Einzelnes vollkommener gestaltet, Anderes nicht der Gesetzgebung der Einzelstaaten überwiesen werden sollen. Dies war aber die unvermeidliche Folge der der Kommission von den verbündeten Regierungen gezogenen Grenzen. Solche zu erweitern und dadurch sachliche Schwierigkeiten, welche sich der vollendeten Durchbildung der einzelnen Rechtsinstitute entgegenstellen, zu beheben, werden die verbündeten Regierungen mit dem Reichstage, wie wir hoffen, jetzt, wo der Grund des Mangels klar liegt, kein Bedenken tragen. Mit Nichten wird aber bei dem deutschen Volk und dessen Regierungen entscheidend ins Gewicht fallen, ob der eine oder andere Rechtssatz römisch- oder deutschrechtlichen Ursprungs ist. Nicht darauf, woher der Rechtssatz stammt, sondern darauf, ob er vernünftig ist, kommt es an. Im Allgemeinen knüpft der Entwurf mit Recht an das Bestehende an. Wir leben in einer Zeit unausgeglichener wirthschaftlicher Gegensätze, deren Aussöhnung lange Zeit erfordert. Bis dahin, daß solche eintritt, mit der Herstellung eines einheitlichen, bürgerlichen Rechts zu warten, widerstreitet den Lebensinteressen des deutschen Volks. Bei dem raschen Wandel aller Dinge wäre es vermessen, ein Gesetzbuch für die Ewigkeit schaffen zu wollen. Bauen wir das Haus, mögen die Enkel es nach ihren Bedürfnissen und ihrer besseren Erkennt-

niß umgestalten. So ist, wie wir erkannt zu haben glauben, die Grundanschauung des Deutschen Anwaltstandes, so tritt sie auch in unsern Gutachten zu Tage. Der Entwurf ist eine durchaus brauchbare Unterlage für ein gutes Bürgerliches Gesetzbuch. Möge — das hoffen wir zuversichtlich — dem neuen Reichstage der Ruhm beschieden sein, das deutsche Volk aus einem Zustande zu erlösen, der an sich höchst beklagenswerth, nur durch lange Gewöhnung einigermaßen erträglich geworden ist.

Berlin, Dresden, Leipzig, München, Stuttgart, Rostock, Gießen und Zweibrücken, im Dezember 1889.

Der Vorstand des Deutschen Anwalt-Vereins.

Dr. von Wilmowski,
Geheimer Justizrath,
Vorsitzender.

Dr. Schaffrath,
Justizrath,
Stellvertretender Vorsitzender.

Mecke,
Justizrath,
Schriftführer.

Erythropel,
Justizrath,
Stellvertretender Schriftführer.

von Auer,
Justizrath.

Leipheimer,
Rechtsanwalt.

Crull,
Rechtsanwalt.

Dr. Reatz,
Rechtsanwalt.

Gebhart,
Rechtsanwalt.

Verzeichniß der Gutachter.